دكتور نصر فريد واصل
مفتى الديار المصرية
سابقا

نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي

مع المقارنة بالقانون الوضعى وقانون الإثبات اليمنى الجديد

دار الشروق

نظرية
الدعوى والإثبات
في
الفقه الإسلامي

الطبعـــة الأولـــى
١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م

أسسها محمد المعلم عام ١٩٦٨

القاهـرة : ٨ شـارع سـيبويه المصـرى -
رابعـة العـدوية - مـدينـة نصـر
ص . ب : ٣٣ البانوراما - تليفون : ٤٠٢٣٣٩٩
فـاكـس : ٤٠٣٧٥٦٧ (٢٠٢)
البريد الإلكترونى: email: dar@shorouk.com

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين محمد بن عبدالله المعلم الأمين والهادى إلى الحق وإلى الطريق المستقيم . وبعد . . .

فقد استخرت الله سبحانه وبدأت العزم بالكتابة فى نظرية الدعوى والإثبات فى الفقه الإسلامى استكمالا لنفس العمل الذى بدأته من قبل وهو الكتابة فى السلطة القضائية ونظام القضاء فى الإسلام .

وقد قمت مع ذلك بشرح قانون الإثبات الشرعى اليمنى رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٦ على ضوء هذه الدراسة التى نكتبها حتى نبين مأخذ القانون من المذاهب الفقهية المختلفة وآراء الفقهاء ، باعتبار أن الفقه الإسلامى فى مجموعه والشريعة الإسلامية هما مصدر القانون فى كل ما أتى به من أحكام ، وفيما لم يرد بشأنه نص فى القانون . ولهذا وجب البحث والرجوع إلى مصادر القانون الأساسية لمعرفة الأحكام الفرعية والتفصيلية التى لا غنى عنها عند العمل أو الحكم بالقانون .

ندعو الله سبحانه أن يجنبنا الزلل وأن يكلل عملنا بالنجاح الذى نصبو إليه لخدمة الحق وطلابه فى كل مكان . إنه نعم المولى ونعم النصير .

غرة رمضان المبارك ، سنة ١٣٩٩ هـ .

دكتور

نصر فريد محمد واصل

مقدمة الكتاب

الإثبات الشرعى معناه تثبت من يسند حقا لنفسه أو لغيره يقره الشارع بناء على دليل يتأكد منه أو يغلب على الظن أنه المظهر أو المبين لهذا الحق لمن يدعيه .

والإثبات فى العادة والغالب لا يطلب إلا عند التنازع على حق «ما» بين اثنين فأكثر . كل واحد يدعيه لنفسه دون غيره وينكره على من يدعيه أو من يحوزه من غيره ولو كان لا يدعيه لنفسه .

ولما كان هذا الإثبات يطلب من كل مدع لهذا الحق شرعا ، والقاضى هو الذى يختص بفض هذا النزاع ، فإن الأمر يتطلب أن يصل هذا النزاع إلى علم القاضى حتى يحكم فيه طبقا لحكم المشرّع وإرادته ، وحيث إن هذا العلم لا يصل فى العادة إلى القاضى إلا بطلب صاحب الحق أو من له فيه مصلحة ، فإن الأمر فى مثل هذه الحالات يحتاج إلى دعوى قضائية تتفق وإرادة المشرع أيضا ، حتى تصان الحقوق بين الناس وتستقر ، بحيث لا تخرج من أيدى شاغليها إلا إذا كانت هذه الحيازة غير شرعية ، أو كان الادعاء لا يتفق والحقيقة . ولهذا اقتضى الحال قبل التكلم عن وسائل هذا الإثبات الشرعى أن نعرف الدعوى الشرعية أو القضائية التى تتطلب هذا الإثبات فى الباب الأول ثم عن وسائل الإثبات فى الأبواب التالية للباب الأول .

الباب الأول

الدعـــوى

المبحث الأول
تعريف الدعوى ـ أركانها ـ شروطها

تعريف الدعوى:

الدعوى فى اللغة تعنى الطلب والتمنى وتجمع على دعَاوَى (ودعاو) بفتح الواو وكسرها وهذا يشمل الدعوى إلى الله بمعنى الدعاء وطلب الحاجة منه سبحانه، كما يشمل دعوى الشيء أى ادعاؤه بمعنى ملكيته أو نسبته سواء نوزع فيه أو لم ينازع[1].

وأما تعريف الدعوى شرعا: فهى إخبار عن وجوب حق على غيره عند حاكم يصح حكمه[2].

فهذا الإخبار الذى أخبر به المخبر كان هو السبب الشرعى الذى مكنه من مجلس الحكم والقضاء ليحكم له القاضى بما يدعيه. وقد أخذ قانون الإثبات الشرعى اليمنى[3] رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٦ بهذا المفهوم الأخير عندما عرف الدعوى فى مادته رقم ٢١ بأنها: «طريق المدعى إلى القضاء للحصول على الحق الذى يدعيه قبل المدعى عليه».

ومع أن هذا التعريف الذى جاءت به المادة (٢١) من قانون الإثبات اليمنى لا يخرج عن المعنى العام الذى تشمله الدعوى عند فقهاء الإسلام، فقد جاءت فى

---

(١) انظر المصباح المنير مادة «دعاء» ص ٨٩.

(٢) انظر أصول المرافعات الشرعية لأنور العمروسى ص ٢٠٧. وعيون الأزهار ص ٤١٩، والاختيار ٢/ ١٥١، والمغنى لابن قدامة ص ٢٧١، ومغنى المحتاج للخطيب ص ٤٦١، وحاشية الدسوقى ص١٤٣.

(٣) انظر مجموعة القوانين الإسلامية اليمنية ص ١١١.

صياغته قاصرة عن شمول هذا المعنى العام الذى تشمله كلمة «الدعوى» شرعا لأن هذا التعريف لا يشمل دعوى الغير على الغير بحق لهذا الغير، كما فى الدعاوى العامة التى تتعلق بالجنايات والتعازير أو ما يطلق عليها دعوى «الحسبة» والتى يقابلها الآن «النيابة العامة».

وعلى هذا، فإن التعريف الذى أوردناه للدعوى سابقا أو ما هو فى معناه وحكمه عند الفقهاء: «بأنها قول مقبول عند القاضى ومن فى حكمه يقصد به قائله طلب حق معلوم قبل غيره حال المنازعة أو رفعه عن حق نفسه»(١).

هو الأولى بالأخذ والقبول.

أركان الدعوى:

وأركان الدعوى القضائية ثلاثة هى:

١ - مدع.

٢ - مدعى عليه.

٣ - مدعى به.

ونطرية الشريعة فى الدعوى تجرى مجرى العرف والمفهوم والمألوف، لأن مبلغ الشريعة عليه الصلاة والسلام يقول: «أمرت بأن أخاطب الناس على قدر عقولهم».

ومادام أن الدعوى فى لسان الشرع وعرفه عبارة عن إخبار أو قول مقبول بحق عند من يصح حكمه، فإن هذا الإخبار هو الادعاء وهذا الادعاءيحتاج إلى مدع، وهذا المدعى يرفع دعواه أو قوله على حق أو شخص وهما: المدعى عليه والمدعى به.

ومادام أن الدعوى فى لسان الشرع غير المدعى به، فقد يكون المدعى به حقا صحيحا وقد يكون زعما أو وهما، وفى جميع الأحوال؛ فإن موضوع الدعوى

(١) أصول المرافعات الشرعية للعمروسى ص ١٩٨، والأصول القضائية فى المرافعات الشرعية لعلى قراعة ص٣ والسراج الوهاج للغمراوى ص٦١٤.

لابد وأن يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ولو ظاهرا، لأن حكم القاضي في الدعوى مظهر للحكم الشرعي لا منشيء له. وهذا يتفق وقول النبي ﷺ في شأن الخصومة والادعاء عند إرادة الحكم: «إنكم تختصمون إليّ وإنما أنا بشر. ولعل أحدكم أن يكون ألحن حجة من الآخر فأحكم له بما هو لأخيه، فإذا حكمت له فلا يأخذه، فإنما أقتطع له قطعة من النار».

وكما يكون موضوع الدعوى حقا فرديا، كذلك قد يكون حقا اجتماعيًا فيما يتعلق بدعاوى الحسبة والولاية.

على أن البعض[1] يعتبر الدعوى هي نفس الادعاء، متوصلا بذلك إلى أن للدعوى ركنا واحدا هو الصيغة التي تتمثل في طلب الدعوى. ولعل ذلك القول إنما يتمشى مع قول الأحناف حيث إنهم يعتبرون الصيغة هي الركن والمدعي والمدعى عليه والمدعى به هي شروط في صحة الدعوى، وهي بالتالي شروط في صحة الركن وقد جرى عرف جمهور الفقهاء على الأول وهو خلاف ما يقول به الأحناف، وإن كنا لا نرى فرقا جوهريًا بين القولين، لأن الخلاف بينهما في الشكل لا في الجوهر لأن الجميع يتفق على أنه لابد لتوافر الدعوى من المدعي والمدعى عليه والمدعى به والصيغة وهي تمثل الادعاء أو الدعوى[2].

شروط المدعي[3]:

وشرط المدعي: أن يكون قادرا على رفع الدعوى بنفسه، بأن يكون مطلق التصرف فيما يدعيه بنفسه، سواء كان ذلك له أو لغيره بولاية شرعية أو وكالة وهذا يستدعي أن يكون المدعي ملتزما بالأحكام الشرعية. (مواد ٢١، ٢٣، ٢٥ من قانون الإثبات اليمني رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٦).

---

(١) انظر أصول المرافعات الشرعية للعمروسي ص ١٩٩ - ١٠٢ وطنطا الابتدائية الشرعية جلسة ١/ ٤/ ١٩٥٣، والمحاماة الشرعية، لسنة ٢٥ الأعداد ٧، ٨، ٩، ١٠ ص ٤٣٣.

(٢) راجع لنا نظرية العقد (مذكرات لطلبة السنة الأولى بكلية الشريعة والقانون جامعة صنعاء).

(٣) المدعي من يخالف قوله الظاهر وهو براءة الذمة. وانظر السراج ص ٦١٥.

شروط المدعى عليه[1]:

والمدعى عليه ركن أصيل من أركان الدعوى القضائية ويشترط فيه: أن يكون شخصا سواء كان طبيعيا كالإنسان أو اعتباريا كالوقف وبيت المال، وأن ينازع المدعى فيما يدعيه، سواء كان ذلك بالفعل أو بالقوة، فى الحال أو فى المستقبل.

شروط المدعى به:

والمدعى به هو الركن الثالث من أركان الدعوى القضائية. ويشترط فى هذا الركن أن يكون معلوما على أى وجه، سواء كان ذلك بالعين أو بالوصف. وبناء على ذلك، فإنه لا تصح الدعوى المجهول فى كل الأحوال إلا فى حالة خاصة هى دعوى الوصية، لأنها تجوز بالمعلوم والمجهول للمصلحة العامة ترغيبا فى أصل الدعوى نفسها، وهو الإيصاء حيث جوزه الشارع معلوما ومجهولا حثّا على أن يتبرع الناس من أموالهم، والمعلوم أن الوصية تبرع لما بعد الموت أى موت الموصى، بحيث لا يعطى الموصى إليه الوصية إلا بعد موت الموصى، فإن أعطيت له فى حياة الموصى بناء على تصريح منه، كان ذلك هبة أو تبرعا حال الحياة.

والسبب فى عدم صحة الدعوى بالمجهول هو أن القصد من رفع الدعوى إنما هو طلب فصل الخصومة بالحكم فيها طبقا لإرادة المشرع، والحكم عبارة عن التزام بحق على كلا طرفى الخصومة، كل منهما قبل الآخر طبقا لنظرية الحق والواجب فى الفقه الإسلامى، لأن كل حق لابد أن يقابله واجب كما أن كل واجب لابد أن يقابله حق. ولا يمكن استيفاء ذلك الحق أو المطالبة بالالتزام بالواجب فى أمر مجهول. وقد أستثنى من ذلك الوصية للعلة السابقة والإقرار، والنذر، وعوض الخلع، والمهر لأنها تقبل الجهالة كالوصية.

وبهذا، وهو عدم صحة الدعوة بالمجهول أخذ القانون اليمنى عندما نص فى المادة (٢٦) فى الفقرتين (١، ٢) من قانون الإثبات على الآتى:

---

(١) والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر، وانظر المرجع السابق والمادة (٢٣) من قانون الإثبات اليمنى.

يشترط فى الدعوى من حيث الإثبات والإجابة عليها :

١ ـ ثبوت يد المدعى عليه على الحق المدعى به حقيقة أو حكما .

٢ ـ تعيين الحق المدعى به بحد أو لقب أو وصف أو نحوه ، كل على حسبه ويستثنى من ذلك ما يقبل الجهالة كالوصية ، والإقرار ، والنذر ، وعوض الخلع ، والمهر[١] .

الدعوى الصحيحة والدعوى الفاسدة:

وبناء على ما سبق يمكن أن تكون هناك دعوى صحيحة ودعوى غير صحيحة . فالدعوى الصحية هى التى استجمعت كل أركانها وشروط صحتها ، والدعوى الفاسدة هى التى اختل منها ركن من أركانها أو شرط من شروط صحتها .

ومع أن الفقهاء يختلفون فى تعداد شروط صحة الدعوى ، إلا أنهم يمزجون فيها بين مقتضيات فى المطالبة القضائية وأهمها : عقل كل من المدعى والمدعى عليه ، وأن تكون الدعوى فى مجلس الحكم أى بين يدى القاضى . وبلسان المدعى عينا ، وفى حضور الخصم أو من ينوب عنه ، وأن يذكر المدعى أمام القاضى أنه يطالب بالمدعى به[٢] . وبين مقتضيات الأداء ومقتضيات الادعاء : أهمها أن يكون المدعى معلوما وأن تكون الدعوى ملزمة بشىء على الخصم بعد ثبوتها ، وأن لا تكون متناقضة أو مستحيلة الثبوت[٣] .

وحكم الدعوى الصحيحة سماع القاضى لها ووجوب الحكم فيها طبقا لأحكام المشرع وإرادته فى هذه الخصوص . فإذا كانت الدعوى غير صحيحة لتخلف ركن منها أو شرط من شروط صحتها فلا يلزم النظر فيها أو الإجابة عليها (مادة ٢٧) .

---

(١) انظر مجموعة القوانين الإسلامية اليمنية ص ١١١ ، ١١٢ .

(٢) أصول المرافعات الشرعية ص ٢٠١ ، ٢٠٨ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق .

كيف نفرق بين المدعى والمدعى عليه فى مجال الدعاوى القضائية؟[1]:

يذكر الفقهاء عدة فروق من خلالها يمكن معرفة المدعى من المدعى عليه، وأهم هذه الفروق ما يأتى:

١ ـ المدعى هو من إذا ترك الخصومة بعد إقامتها لا يجبر عليها ولا على السير فيها حتى نهايتها، أى بالحكم فيها. والمدعى عليه هو من إذا ترك الجواب عن الدعوى أجبر عليه.

٢ ـ المدعى هو من يلتمس قبل غيره لنفسه عينا أو دينا أو حقًا، والمدعى عليه هو من يدفع ذلك عن نفسه.

٣ ـ المدعى هو من يخبر عما فى يد غيره لنفسه، والمدعى عليه من يخبر عما فى يد نفسه لنفسه.

٤ ـ المدعى هو المقر بحق لنفسه والمدعى عليه هو من يذكر ذلك الحق على من أقر به لنفسه.

٥ ـ المدعى هو من معه أخفى الأمرين، وهو من يدعى خلاف الظاهر والمدعى عليه هو من معه أظهر الأمرين[2].

---

(١) راجع مباحث المرافعات وصور التوثيقات والدعاوى الشرعية للأستاذ محمد الإبيانى ص٥، والأصول القضائية فى المرافعات الشرعية للأستاذ على قراعة ص ٥، ٦، وشرح اللائحة الشرعية المصرية للأستاذين أحمد قمحة وعبدالفتاح السيد ص ٥٣١.

(٢) المادة (٣٣) من قانون الإثبات الشرعى اليمنى رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٦، ومجموعة القوانين الإسلامية ص١١١.

المبحث الثانى
الدعاوى التى لا تسمع فى قانون الإثبات اليمنى
رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٦

بين قانون الإثبات اليمنى الدعاوى التى لا تسمع قضاء والتى لا يجب النظر فيها فى الفصل الثانى من الباب الثانى (المواد من ٣٤ ـ ٤٥).

ومع أن القانون قد نص على الدعاوى التى لا تسمع فى المواد السابقة، إلا أنه يجوز للقاضى ألا ينظر غيرها مما لم يرد بشأنه نص، إذا وجد القاضى أنها لا تتوافر فيها شروط الدعوى الصحيحة. وذلك لأن القانون أورد ما أورده من قضايا للتمثيل فقط، وليس من باب الحصر، لأنه قد نص صراحة فى المادة «٤٥» بما يفيد ذلك حيث قال: «لا تخل الأحكام الواردة فى هذا الفصل[1] بما يرد فى القوانين الخاصة».

والقضايا التى لا تسمع، وأوردها قانون الإثبات اليمنى هى: الدعاوى التى تقدم ما يكذبها (مادة ٣٤ فقرة١). والتى تكون على ملك ثابت ومعروف أنه للمدعى أو لمورثه (مادة ٣٤ فقرة٢). أو لغير المدعى لنفسه أو من له ولاية شرعية عليه (مادة ٣٤ فقرة٤).

كما لا تسمع الدعوى من شخص بأن مورثه يملك مالا كذا، إلا إذا ذكر فى الدعوى أن هذا المورث مات مالكا للملك أو كان ذا يد (مادة ٣٥).

كما لا تسمع الدعوى من المقاسم أو وارثه فى قسمة مستوفية شروط صحتها إلا

---

(١) أى الفصل الثانى، وهو الخاص بعدم سماع الدعوى، وانظر المجموعة ص١١٣ وما بعدها (المواد ٣٤ـ٤٥).

من القاصر بعد بلوغه أو الغائب بعد حضوره وبشرط أن لا تمضى سنة من وقت البلوغ أو الحضور (مادة ٣٦).

ولا تسمع الدعوى فى شفعة بعد مضى ثلاثة أيام للحاضر فى البلد العالم بالشراء، وشهر للحاضر فى البلد غير العالم، وسنة للغائب عن البلد. وتحسب المدة فى الحالة الأولى من يوم العلم. وفى الحالتين الثانية والثالثة من يوم الشراء مع ثبوت المشترى على المبيع ما لم يكن فى يده من قبل أن تظهر حيلة لكتمان الشراء، ويطبق فى حكم القاصر حكم (المادة ٢٦) والتى تشترط ثبوت يد المدعى عليه على الحق المدعى فيه حقيقة أو حكما. وتعيين الحق المدعى فيه تعيينا دقيقا، سواء كان هذا التحديد بحد أو لقب أو وصف أو نحوه، إلا فيما يقبل الجهالة كحق الوصية أو ما يشبهها (مادة ٣٧).

والدعاوى التى تتعلق بعقار من حاضر[1] وقد مضى على هذا العقار من غير هذا الادعاء خمس وعشرون سنة من يوم وضع اليد عليه من شخص يتصرف فى العقار تصرف المالك بلا مطالبة لا تسمع، إلا إذا كانت هناك قرابة أو مصاهرة أو ظروف غير عادية يسود فيها الفوضى أو التغلب ويتعذر فيها الوصول إلى الحق أو المطالبة به (مادة ٣٨).

وهناك حالات مستثناة مما جاء فى المادة ٣٨ حيث يجوز رفع دعوى قضائية تتعلق بعقار مضى عليه أكثر من المدة التى حددها النص، وهى خمسة وعشرون عاما، وذلك إذا كانت الدعوى تتعلق بميراث أو وقف أو شركة حيث يجوز رفع الدعوى بغير تحديد مدة حتى وإن مضى عليها أكثر من خمسة وعشرين عاما. (مادة ٣٨).

كما لا تسمع الدعوى من حاضر بحق متجدد كأجرة المبانى والأراضى بعد مضى ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق، ولا من القاصر فيما باعته أمه أو من له ولاية عليه إذا كان بثمن المثل وقت البيع (مادة ٤٠).

ولا تسمع الدعوى من صاحب مهنة حاضر كالطبيب وغيره إذا كانت هذه

---

(١) الحاضر هو المقيم فى بلد العقار أو كان مترددا عليه من وقت لآخر. والغائب هو الذى غاب عن بلد العقار المدة التى يحددها القانون (مادة ٣٨).

الدعوى تتعلق بحق من حقوق مهنته أو بمصروفات تكبدها فى أدائه لهذا الحق، إذا كانت هذه الدعوى بعد مضى سنة من وقت أداء العمل. (مادة ٤١). وكذا لا تسمع الدعوى بعد سنة، وإن كانت من حاضر إذا كانت تتعلق بحقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فيها مع عدم المطالبة فى خلال السنة أو قبل مضيها (مادة ٤٢ فقرة ١). أو كانت تتعلق بحقوق أصحاب الفنادق أو المطاعم عن أجر الإقامة وعن الطعام أو ما صرفوه لحساب عملائهم (مادة ٤٢ فقرة ٢). أو كانت تتعلق بحقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغيرها أو ثمن ما قاموا به من توريدات لمخدوميهم فى الحدود المأذون لهم فيها بذلك (مادة ٤٢ فقرة٣).

وإذا كانت الدعوى من حاضر وتتعلق بحق لا يتصل بعقار ولم يرد فكره فى المواد (٣٨، ٤٠، ٤١، ٤٢) فإنها لا تسمع بعد مضى خمس سنوات من تاريخ الاستحقاق مع عدم المطالبة بالحق. ويعتبر الحق مستحق الأداء من يوم ثبوته ما لم يضرب له أجل للسداد حيث لا يعتبر مستحقا إلا بعد انقضاء الأجل (مادة ٤٣).

ولا تعتبر المدد المقررة بين الوكيل وموكله إذا كانت تتعلق بدعوى مما سبق، وتدخل ضمن المواد التى جاءت بالفصل الثانى من قانون الإثبات فيما يدعيه الوكيل من حقوق إلا من اليوم الذى تنتهى فيه الوكالة (مادة ٤٤).

الباب الثانى

تكييف وسائل الإثبات الشرعى

طرق الإثبات الشرعية التي يعتمد عليها القاضي في بناء أحكامه القضائية للقضايا التي يطرحها الخصوم أمامه للحكم فيها وإنهاء النزاع بينهم هي : الإقرار والبينة، واليمين، واليمين المردودة، والنكول عنها.

ويتفق الفقهاء فيما بينهم على الإقرار، والبينة واليمين كوسائل لإثبات الحق وإنهاء النزاع في مجلس القضاء، واعتبار الحكم الذي يصدر بناء على ذلك طبقا لما قرره المشرع في هذا الشأن صحيحا وملزما لكلا طرفي الخصومة أو النزاع المعروضين على القاضي.

ومع اتفاق الفقهاء على ذلك، فإنهم قد اختلفوا في بيان هذه الوسائل وتفسيرها. فبينما اقتصر البعض على الإقرار والبينة واليمين. زاد البعض وسائل أخرى هي اليمين المردودة، والنكول عنها، والكتابة، وشهادة الاستكشاف، والقرائن القاطعة وقول الخبراء، والمعاينة، واستجواب الخصم.

والاقتصار على الإقرار، والبينة، واليمين من المدعى عليه هو اقتصار على ما ورد بشأنه النص. وأما الوسائل الأخرى، فإنما هي بناء على الاجتهاد المبني على النص أيضا.

فمن اعتبر البينة «الشهادة» أي شهادة الشهود من المدعي، استند إلى قول النبي ﷺ «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر». ومن اعتبر البينة هي كل ما يبين[1] ويثبت به الحق، وهذا يشمل الشهادة وغيرها مما يراه القاضي مظهرا ومبينا وكاشفا للحقيقة. استند أيضا إلى هذا الحديث السابق.

ومن اعتبر اليمين من المدعى عليه فقط استند إلى ظاهر الحديث :

---

(١) بذلك أخذ قانون الإثبات اليمنى رقم ١٠ لسنة ٧٦ عندما قال المادة (٢١) منه : «ولإثبات إقامة الدليل بالطرق الشرعية (البينات) لإثبات الحق المتنازع عليه أو نفيه.

«البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» ومن قال بأن اليمين المردودة توجه إلى المدعى، اعتبر أن المدعى قد يكون مدعى عليه أيضا عند عدم الدليل وادعاء المدعى عليه بأنه صاحب الحق، وأن المدعى كاذب فى دعواه مستندا فى ذلك أيضا إلى نفس الحديث. ومن اعتبر النكول دليلا فى الإثبات استند إلى أن الحديث اعتبر أداء اليمين من المدعى عليه عند توجيهها إليه من المدعى بينة له فيما يدعيه من الإنكار ورفع الخصومة عنه وهذا بمنطوقه. ومفهوم هذا أن الإنكار مع عدم حلف اليمين يعتبر نكولا منه عن الحق لصاحبه من غير بينة، وهذا اعتراف ضمنى بأن ما يدعيه المدعى صحيح، فإذا لم يرد المدعى عليه اليمين المقررة له شرعا لدفع الادعاء من المدعى عن نفسه تحقق عنده النكول وحكم بمقتضاه شرعا، وهذا هو دليل مفهوم المخالفة الذى أخذ به جمهور الفقهاء. ما عدا الأحناف ولهذا لم يأخذوا برد اليمين.

هذا وقد حصرت (المادة ١٢٣) من اللائحة الشرعية المصرية الأدلة الشرعية فى: الإقرار والشهادة، والنكول عن الحلف، والقرينة القاطعة، وقد عرفت تلك المادة الأدلة الشرعية: بأنها ما يدل على الحق ويظهره، هذا وقد فصلت المواد (٢٢٤ ـ ٢٤١) من اللائحة أحكام تلك الأدلة الشرعية.

وبصدور قانون الإثبات المصرى رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ يلغى العمل بالمواد السابقة من اللائحة الشرعية بموجب هذا القانون حيث إنه هو الواجب التطبيق لأنه حل محل الباب السابع من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ «الملغى» الذى كان قائما وقت صدور قانون إلغاء المحاكم الشرعية والملِّية رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥[١].

وقد حصر قانون الإثبات المصرى رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ وسائل الإثبات الشرعية فى[٢]: الأدلة الكتابية (محررات رسمية أو عرقية)، وشهادة الشهود، وشهادة الاستكشاف، والقرائن، وحجة الأمر المقضى، والإقرار، واستجواب الخصوم، واليمين، والمعاينة، والخبرة.

---

(١) أصول المرافعات الشرعية للعمروسى ص ٦٧٦ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق ص ٦٨٠ وما بعدها إلى ص ٨٠٣.

أما وسائل الإثبات فى قانون الإثبات الشرعى اليمنى[1] فقد حددها القانون وعددها على النحو التالى (مادة ٣٣):

١ ـ شهادة الشهود.

٢ ـ الإقـــرار.

٣ ـ الكتـــابة.

٤ ـ اليمين وردها والنكول عنها.

٥ ـ القرائن القاطعة.

٦ ـ المعاينة والنظر.

٧ ـ تقرير الخبراء.

٨ ـ استجواب الخصم[2].

---

(١) مجموعة القوانين الإسلامية ص ١١٢.

(٢) راجع فى وسائل الإثبات الشرعية المراجع السابقة، وحاشية الدسوقى ٤/ ١٤٦ وما بعدها، ١٦٤ وما بعدها، الاختيار ٢/ ١٥٣ وما بعدها، ١٧٧ وما بعدها، ١٩٣، وما بعدها، ومعنى المحتاج ٤ ص ٤٦٨ وما بعـدها، ٤٤٠ وما بعـدها، والبحر الزخار ٦/ ٣ وما بعـدها، ١٨ وما بعـدها والمحلى ١٠/ ٥٢٤ وما بعـدها، ٢٢٦ وما بعدها، وبدائع الصنائع ٨/ ٣٩٢٣ وما بعدها، ٣٩٨ وما بعدها، ٩/ ٤٠٢٣ وما بعدها، ومجمع الأنهر ٢/ ١٧٦ وما بعدها، ١٨٤ وما بعدها، ٢٤٩ وما بعدها، ٢٦٢ وما بعدها، وعيون الأزهار ٤١٩ وما بعدها، ٤٢٧ وما بعدها، ٤٣٥ وما بعدها، والتنبيه ١٤٩ وما بعدها، ١٥٢ وما بعدها، والسراج ٦٠٣ وما بعدها، ٤/ ٦ وما بعدها، ٢٥٤.

الباب الثالث

الإقـــــرار

المبحث الأول
تعريف الإقرار ـ أركانه ـ دليله

تعريف الإقرار:

الإقرار في اللغة[1] يطلق على عدة معان منها: الثبوت والاعتراف وعدم الإنكار، لأن الإقرار من قر إذا ثبت، ومعنى ذلك الاعتراف، وترك الإنكار، مأخوذ من قولهم في اللغة: استقر فلان بهذا المكان بمعنى أنه توقف فيه ولم يرتحل عنه، ومن قولهم قر الماء، أي انتهى إلى هذا المكان واستقر جريانه فيه.

ومن هذا المعنى اللغوى السابق أخذ التعريف الاصطلاحى الشرعى للفقهاء، ولذا عرفوا الإقرار بأنه: إخبار من يصح إخباره بحق لغيره عليه[2].

وقد عرفت المادة (٩٩) من قانون الإثبات الشرعى اليمنى رقم ٩٠ لسنة ٧٦ الإقرار بما لا يخرج عن التعريف السابق حيث قالت: «الإقرار هو إخبار الإنسان شفاها أو كتابة عن ثبوت حق لغيره على نفسه».

هذا وقد نظم قانون الإثبات السابق الإقرار وأحكامه فى الباب الرابع منه (المواد من ٩٩ ـ ١١٧)[3].

---

(١) انظر المصباح مادة «قر» ص ٦٧، ٦٨، والسراج ص ٢٥٤ ولغات التنبيه على التنبيه ص ١٥٦.
(٢) الاختيار ٢/ ١٧٧ والبحر الزخار ٦/ ٣، والمحلى ٨/ ٢٥٠ ورقم ١٣٧٧ وما بعدها.
(٣) انظر مجموعة القوانين الإسلامية ص ١١٢.

أركان الإقـرار:

وبناء على ما سبق من تعريف الإقرار فقد استخلص منه الفقهاء أركانا ثلاثة[1] لابد منها لتحقق الإقرار وهي:

١ ـ المقر، وهو المخبر.

٢ ـ المقر له، وهو صاحب الحق.

٣ ـ الحق، وهو المقر به.

وأما عند الحنفية فالإقرار يحتاج إلى ركن واحد فقط هو:

الصيغة، ويتحقق هذا الركن بقول المقر لفلان على كذا . . .[2] وهذا بناء على قاعدتهم الفقهية، وأما المقر والمقر له والمقر به فقد اعتبروها شروطا فى صحة الصيغة، فما اعتبره جمهور الفقاء أركانا للإقرار اعتبره الأحناف شروطا فى صغية الإقرار، ولهذا نجد الخلاف بينهم فى النظر فقط لا فى الجوهر حيث إن الجميع يتفق على أنه لابد من توافر المقر والمقر له والمقر به فى تحقق الإقرار ووجوده. وهذا الإقرار بالطبع لا يظهر إلا من خلال اعتراف المقر وكلامه، وهذا الاعتراف أو الكلام هو ما يطلق عليه الأحناف الصيغة أو الركن.

وقد جمع قانون الإثبات اليمنى بين قول الجمهور وقول الأحناف حيث اعتبر أن الإقرار لا يتحقق إلا بوجود أركان أربعة هى: المقر ـ المقر له ـ المقر به الصيغة (مادة ١٠٠)[3].

شرط صحة الإقرار[4]:

ويشترط فى الإقرار الصحيح الذى تبنى عليه الأحكام الشرعية أى فى

---

(١) انظر أصول المرافعات الشرعية ص ٧٦٩ ومجلة الأحكام العدلية المادة ص ١٥٧٢.

(٢) انظر مجمع الأنهر ٢/ ٢٨٩.

(٣) مجموعة القوانين الإسلامية ص ١٢٤.

(٤) انظر أصول المرافعات الشرعية ص ٧٦٩ وما بعدها ونظرية الإثبات للأستاذ أحمد فتحى بهنس ص ١٣٥ وما بعدها والأصول القضائية لعلى قراعة ص٧٤.

اعتباره ملزما للمقر عدة شروط لابد منها فى كل من المقر، والمقر له، والمقر به، والصيغة.

فيشترط فى المقر: أن يكون مكلفا، ملتزما للأحكام أى بالغا، عاقلا، مختارا، أهلا لأداء الحق المقر به، يقظا.

ويشترط فى المقر له: أن يكون محقق الوجود وقت الإقرار حقيقة أو شرعا، وأن يكون أهلا للملك، وأن يكون سبب استحقاقه للمقر به مقبولا عقلا، وألا يكون مجهولا جهالة فاحشة.

ويشترط فى المقر به: أن يكون ممكنا عقلا أو شرعا.

ويشترط فى الصيغة: أن تكون منجزة، مثبتة للحق على سبيل اليقين والجزم، وأن يكون أمام القاضى بالقول إذا كانت تتعلق بحد من حدود الله الخالصة.

شروط الإقرار فى قانون الإثبات الشرعى اليمنى رقم (٩٠ لسنة ١٩٧٦):

أورد قانون الإثبات اليمنى رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٦ وشروط الإقرار فى المواد (١٠١ ـ ١٠٧) حيث بينت المادة (١٠١) شروط المقر، والمادة (١٠٢) شروط المقر له والمادة (١٠٣) شروط المقر به والمادة (١٠٤) كيفية الصيغة والمواد: (١٠٥، ١٠٦، ١٠٧) شروط الصيغة.

هذا ولا تخرج هذه المواد فيما اشترطته من شروط للإقرار عما أورده فقهاء الإسلام فى مجموعهم.

فالمادة (١٠١) تشترط فى المقر أن يكون مكلفا أهلا لأداء الحق المقر به، مختارا غير محجور عليه وغير هازل إلا فى الطلاق والنكاح، وأن لا يعلم كذبه عقلا أو شرعا.

والمادة (١٠٢) تشترط فى المقر له أن يكون معلوما وقت الإقرار.

والمادة (١٠٣) تشترط فى المقر به: أن لا يكون مستحيلا عقلا أو شرعا.

وأن يكون مالا أو غيره مما قضى فيه متعلقا بالمقر والمادة (١٠٤) تشترط في الإقرار: أن يكون بعبارة تؤدي إلى الاعتراف بالحق صراحة أو ضمنا كالإقرار بنوع يترتب على ثبوته ثبوت أهله، كما في الإقرار بالطلاق لأن الإقرار بالطلاق يتضمن الإقرار بالزواج.

كما تشترط المادة (١٠٥) في الإقرار: أن يكون غير مشروط، وأن يكون مفيدا في ثبوت الحق المقر به على سبيل الجزم واليقين، وأن يكون بالمنطق إذا كان المقر به حدا من حدود الله.

كما تشترط المادة (١٠٦) الإشهاد على الإقرار الشفهي الذي لم يتم في غير مجلس القضاء. وتبين المادة (١٠٧) أحكام الإقرار الكتابي واشترطت فيه أن يتفق مع أحكام الباب الخامس من قانون الإثبات بشأن الأدلة الكتابية[١].

دليل حجية الإقرار:

والدليل على أن الإقرار وسيلة من وسائل الإثبات الشرعية وأنه حجية في إثبات الحقوق والحكم بمقتضاه إذا كان قائما على أصوله الشرعية المطلوبة طبقا لما سبق: الكتاب والسنة والإجماع، والعقل.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ ﴾[٢]. والشهادة على النفس إقرار. وقوله تعالى في آية المداينة: ﴿ يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَن يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ﴾[٣].

---

(١) انظر المواد من ١١٨-١٤٣.

(٢) الآية ١٣٥ من سورة النساء.

(٣) الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

فإن قوله سبحانه وليملل الذى عليه الحق، المراد به فليقر الذى عليه الحق، وليتق الله فى هذا الإقرار بحيث يكون موافقا للحقيقة وغير كاذب[1] . وهذا دليل الإقرار على النفس.

وأما دليل الإقرار من السنة: فكثير منها ما ورد فى حديث العسيف من قوله ﷺ : «واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»[2] . وقد رجم رسول الله ﷺ ما عزا والغامدية بالإقرار[3] .

وأما دليل الإجماع: فقد أجمع الفقهاء والمجتهدون بعد عصر التشريع على أن الإقرار حجة فى الإثبات، وذلك لأن الإقرار خبر صدر عن صدق لعدم التهمة. لأن الإنسان الذى هو أهل للإقرار يجب كل ما يتصل به وما يئول إليه، ويقدم نفسه على غيره فى ذلك حسب جبلته البشرية، وهو لا يقر بأن الحق المنسوب إليه ظاهرا أو ما لا يعرف إلا من جهته هو ملك لغيره أصلا إلا إذا كان صادقا فى ذلك عقلا. ولذا حكم العقل بأن الإقرار حجة مظهرة للحق ملزمة للمال[4] .

---

(١) انظر الاختيار ٢/ ١٧٧ .

(٢) الحديث متفق عليه.

(٣) المرجع السابق وتاريخ القضاء فى الإسلام للدكتور أحمد عبدالمنعم البهى ص ٨٨ وأقضية الرسول ﷺ لابن فرج المالكى ص ٢٢ . .

(٤) الاختبار ٢/ ١٧٧ .

المبحث الثانى
الأحكام العامة للإقرار

تعرض قانون الإثبات الشرعى رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٦ لبيان أحكام الإقرار فى الفصل الثانى من الباب الرابع (المواد ١٠٨ـ ١١٧) من القانون. وقد بينت المادة (١٠٨) مدى حجية الإقرار، كما تعرضت المادة (١٠٩) لحكم إقرار الأخرس والمصمت والمريض. وبينت المادة (١١٠) إقرار الوكيل بالخصومة، والمادة (١١١) إقرار الوصى والولى، والمادة (١١٢) إقرار الصبى المميز والمادة (١١٣) إقرار السكران، والمادة (١١٤) فى الإقرار بالمجهول والمادة (١١٥) فى تفسير الإقرار والمادة (١١٦) فى حكم تجزئة الإقرار والمادة (١١٧) فى الرجوع عن الإقرار.

هذا وسوف نتعرض لبيان أحكام هذه المواد بالتفصيل ضمن كلامنا عن الأحكام العامة للإقرار فى الفقه الإسلامى مشيرين إلى كل مادة من المواد السابقة فى مكانها المناسب لنتعرف على موقفها من آراء فقهاء الإسلام طبقا لما يلى:

١ ـ إذا كان الإقرار صادرا من بالغ عاقل مكلف مختار يعى تمام الوعى كل ما يقربه ويصدر عنه ويعرف الآثار الشرعية التى تترتب على هذا الإقرار كان صحيحا شرعا، ووجب التزامه له وإلزامه به إذا كان المقر به معينا محددا معلوما لا لبس فيه. ولا خلاف لأحد من الفقهاء فى ذلك، وبه أخذ قانون الإثبات الشرعى رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٦ فى المادة (١٠٨)، وقانون الإثبات المصرى رقم ٢٥ لسنة ٦٨ مادة (١٠٤)[1] وإقراره صحيح وملزم شرعا متى ثبت على أى وجه شفاها

(١) أصول المرافعات الشرعية ص ٧٧٣، والإقرار للأستاذ جمال الدين اللبان. بمجلة قضايا الحكومة، السنة ٣ ـ العدد ٤، وملاحظات حول أحكام الإقرار فى التشريع السورى للأستاذ الدكتور نزار الكيالى بالمحاماة ـ السنة ٤٦ العدد ٦٢٥ ص ٥٠٩ وما بعدها.

أو كتابة أمام القاضى أو فى غير مجلس الحكم والقضاء لأن العبرة بثبوت الإقرار، وقد جاء حكم المادة (١٠٨) متفقا مع هذا المبدإ الشرعى. هذا من الناحية النظرية، ولكن الواقع العملى يتطلب أن يكون هذا الإقرار طبقا لنظام معين يتأكد من خلاله ثبوت الإقرار وصحته، كأن يكون أمام القاضى مثلا أو يكون مكتوبا وموقعا عليه من صاحبه أو أن يكون موثقا بأوراق رسمية وهكذا، وهذا لا يتعارض مع أصل الحكم الشرعى الخاص بالإقرار. لأن الإقرار إذا صدر من المقر فى غير مجلس القضاء ثم رجع عنه فى مجلس القضاء، فإنه لا قيمة له فى الإثبات والحجية بالنسبة للحاكم إلا إذا أثبت صاحب المصلحة - فى وجود الإقرار بعد الإنكار - هذا الإقرار بأى وسيلة أخرى شرعية من وسائل الإثبات غير الإقرار، وهذا يقودنا بالتالى إلى الاعتراف بما سبق أن قلناه من جواز تقييد الاعتراف بالوسيلة التى يتحقق الحاكم من خلالها بصحة الإقرار ليرتب عليه الحكم الشرعى الصحيح بمقتضاه.

ولهذا لم يكن المقنن اليمنى فى حاجة إلى النص على أن يكون الإقرار أمام القاضى، أو إلى التفرقة بين الإقرار القضائى والإقرار غير القضائى كما فعل المقنن المصرى فى قانون الإثبات الشرعى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ فى المادة (١٠٣) وذلك اكتفاء بالقواعد العامة للشرعية الخاصة بالإقرار وبما أورده فى الباب الخامس بشأن الأدلة الكتابية[١].

وتقضى المادة (١٠٣) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ بأن الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها فى أثناء سير الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة. ويتضح من هذه المادة أن الإقرار الملزم يشترط فيه أن يكون قضائيا. أما الإقرار غير القضائى فلم يتعرض لحكمه القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨، وإنما ترك أمره للقواعد العامة، وتقديره للقضاء حسب ظروف كل دعوى، ولهذا يمكن للقاضى أن يجزئ الإقرار غير القضائى. كما يمكن أن يقبل عدول المقر عما أقر به شرعا[٢].

(١) المواد (١١٨ - ١٤٣)، وانظر مجموعة القوانين الإسلامية ص ١٢٦ وما بعدها.
(٢) أصول المرافعات الشرعية ص ٧٧١، ٧٧٢.

والإقرار قضائيا كان أو غير قضائي يتضمن نزول المقر عن حقه فى مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه، وهو بهذه المثابة ينطوى على تصرف قانونى من جانب واحد، فيشترط لصحته ما يشترط لصحة سائر التصرفات القانونية، فيجب أن يكون صادرا عن إرادة غير مشوبة بأى عيب من عيوب الإرادة، فإن شاب الإرادة غلط كان الإقرار باطلا، وحق للمقر الرجوع فيه[1]. والنائم والمغمى عليه غير مكلفين بلا خلاف، والأهلية التى تشترط لصحة الإقرار هى أهلية المقر للتصرف فيما أقر به، أما المقر له فلا تشترط فيه أهلية ما، بل يجوز الإقرار للصغير غير المميز والمجنون[2].

ولا يعتبر إقرارا ما يسلم به الخصم اضطرارا واحتياطيّا لما عسى أن تتجه إليه المحكمة من إجابة خصمه إلى بعض طلباته[3] وإقرار أحد المدينين المتضامنين بالدين بعد أن اكتملت مدة سقوطه لا يسرى فى حق الباقين. ولا يستلزم الإقرار قبول المقر له به، بل يرتد برده له فقط[4].

والإقرار المعتبر حجة قاطعة على المقر هو الإقرار الصادر أمام القضاء. أما الإقرار خارج القضاء، فيخضع للقواعد العامة إذا لم يرد بشأنه نص خاص ولمحكمة الموضوع سلطة تقدير قوته فى الإثبات بغير معقب عليها فى ذلك متى كان تقديرها سائغا. فإن ورد بشأنه نص خاص وجب التقيد به كما هو الحال فى الإقرار الشفهى خارج مجلس القضاء، حيث يجب الإشهاد عليه طبقا للمادة (١٠٦) من قانون الإثبات الشرعى اليمنى رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٦ حتى يكون حجة فى الإثبات على المقر قضاء[5].

وليس ما يمنع المحكمة من الأخذ بإقرار صدر فى دعوى أخرى قضى بسقوط

---

(١) نقض مصرى جلسة ٥/ ٥/ ١٩٦٦، ١٩/ ١/ ٦٧، ٣١/ ١٠/ ٦٧ مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٨ ص ١٠١٩، ١٥٦، ١٥٨٤.

(٢) نقض مصرى جلسة ٢٢/ ٥/ ١٩٥٣ (مجموعة ٢٥ عاما جـ١ قاعدة ١٥ - ص ٣٢).

(٣) نقض مصرى جلسة ٣/ ٦/ ١٩٦٥ (مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٦ ص ٦٧٨).

(٤) نقض مصرى جلسة ٢٢/ ١١/ ١٩٦٦، جلسة ٢٣/ ٥/ ١٩٢٥. (أصول المرافعات ص ٧٧٣).

(٥) انظر مجموعة القوانين الإسلامية ص ١٢٥.

الخصومة فيها، وفى هذه الحالة يعتبر الإقرار من قبيل الإقرار غير القضائى، فيترك تقديره إلى محكمة الموضوع، فإذا رأت عدم الأخذ به وجب عليها أن تبين الأسباب التى دعتها إلى ذلك، وبهذا المبدأ أخذت محكمة النقض المصرية(1).

والإقرار غير القضائى إذا ما ثبت بورقة عرفية موقع عليها من المقر كانت هذه الورقة حجة على من صدرت فيه، فلا يحق له أن يتنصل مما هو وارد فيها بمحض إرادته إلا بمبرر قانونى شرعى وقد أخذ بذلك القضاء المصرى(2).

إقــرار الصــبى:

٢ ـ والصبى إن كان غير مميز؛ فإقراره باطل بلا خلاف بين فقهاء الإسلام ولا يترتب على هذا الإقرار أى أثر من الآثار الشرعية المتعلقة بالحقوق. وكذا الحكم بالنسبة لإقرار الصبى المميز عند جمهور الفقهاء، وذلك لاشتراط تكليف المقر عند الجميع، لأن حديث «رفع القلم عن الصبى» يمنع الحكم بتكليفه، والقول بصحة الإقرار من الصبى المميز يوجب تكليفه لأن الإقرار يترتب عليه حكم بالالتزام ولا التزام إلا بناء على تكليف(3).

وقال الأحناف والزيدية بصحة إقرار الصبى المميز إذا كان مأذونا له فى الأمور المالية، لأن الحكم بصحة هذا الإقرار ضرورة من ضرورات التجارة التى أجيز له مزاولتها، ابتلاء وتدريبا له على الأمور المالية والتصرف فيها بنفسه بمقدرة وكفاءة بعد بلوغه، أخذا من قوله تعالى: ﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ﴾(4). ولأن الإذن بالإقرار من الصبى داخل تحت الإذن له بالتجارة ومباشرة التصرف ولا ابتلاء إلا بالتصرف(5) والمعتوه حكمه حكم الصبى فى كل حال. وقد أخذ قانون الإثبات الشرعى اليمنى رقم

---

(1) جلسة ١٩/ ١/ ١٩٦٨ «مجموعة المكتب الفنى السنة ١٩ ص ١٤ وأصول المرافعات ص ٧٧٤».

(2) نقض مصرى جلسة ٨/ ٣/ ١٩٦٧ «المرجع السابق السنة ١٨ ص ٥٨٩».

(3) المحلى ٨/ ٢٥٠، والتنبيه ص ١٥٦، والمهذب جـ٢ ص ٣٤٦ والسراج ص ٢٥٤.

(4) الآية ٦ من سورة النساء.

(5) البحر الزخار ٦/ ٣، ومجمع الأنهر ٢/ ٢٨٩ وما بعدها.

(٩٠) لسنة ١٩٧٦ بقول الزيدية والأحناف، حيث قالت المادة (١١٢): يصح الإقرار من الصبى المميز فيما أذن له به[١].

إقرار المراهق:

وإقرار الغلام المراهق وهو من قارب الاحتلام ولكن لم يحتلم بعد أو بلغ بالسن[٢] لا قيمة له عند الجمهور من حيث الإلزام إن أريد الحكم بمقتضاه فى الحال وقبل البلوغ. فإن أريد الحكم بمقتضاه بعد البلوغ صح الإقرار وعمل بمقتضاه بحيث يصبح حكمه حكم إقرار البالغ بشرط أن يثبت المراهق على إقراره حتى ظهور البلوغ أو الحكم عليه به من طرق بلوغه السن القانونية الشرعية.

فإن أقر المراهق وهو الذى ظهرت عليه أمارات البلوغ بالشهوة والاحتلام لا بالسن، ثم ادعى أمام القاضى عند إلزام خصمه له بهذا الإقرار أمام القضاء لاستيفاء حقه منه بناء على هذا الإقرار أنه غير بالغ الآن أى وقت الحكم عليه أو وقت إقراره، فالقول قوله بغير يمين، وعلى المقر له المتمسك بالإقرار أن يقيم البينة أو الإثبات الشرعى على صحة هذا الإقرار وبأنه صدر من أهل له، والإثبات لا يكون إلا بالبينة الشرعية غير اليمين لأن اليمين لا تصح فى جانب المقر فلا يحلف عند إنكاره لأن اليمين لا تصح إلا من البالغ، ونحن قد حكمنا بأنه غير بالغ وقت الإقرار[٣].

ومن البديهى أن حكم المادة (١١٢)[٤] من قانون الإثبات الشرعى رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٦ تنطبق على المراهق، ولذا لم يرد بشأنه نص خاص.

---

(١) انظر مجموعة القوانين الإسلامية ص ١٢٥.

(٢) المصباح المنير مادة «رهق» ص ١١١ والبلوغ بالسن عند الشافعية، ومن وافقهم خمسة عشر عاما كاملة قمرية، وعند الأحناف والزيدية، ومن وافقهم البلوغ عندهم حتى ثمانية عشر عاما للرجل والمرأة سبعة عشر عاما.

(٣) المهذب حـ ٢ ص ٣٤٦ والسراج مع المنهاج ص ٢٥٤ وما بعدها.

(٤) وهى التى تصحح إقرار الصبى المميز المأذون بالتصرف.

إقرار السكران:

تنص المادة (١١٣) من قانون الإثبات الشرعى رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٦ على أنه: «لا يصح إقرار السكران إذا ذهب إدراكه بحيث لا يفرق بين الحسن والقبيح».

وقد جاءهذا النص متفقا مع القواعد العامة الخاصة بتكليف المقر من حيث الظاهر والواقع، لأن زوال العقل مانع للتكليف وقد ورد بشأنه النص الشرعى الصريح فى قوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق» والمجنون زائل الإدراك لأنه زائل العقل، فكان هذا النص يتعدى إلى من زال عقله أو إدراكه بأى سبب، سواءكان السبب مشروعا كتناول المسكر فى حالة المخمصة والضرورة، أم بسبب محرم كتناول المسكر بغير ضرورة. ويترتب على هذا أنه لا ينبنى على إقرار السكران حكم شرعى يلزم هذا السكران حتى بعد إفاقته، لا فى الأموال ولا فى غيرها وإلى هذا ذهب ابن القيم، والظاهرية، وأبى ثور، والمزنى من الشافعية[١].

أما جمهور الفقهاء، فقد فرقوا بين من زال إدراكه أو عقله بسبب مباح أو حرام، فما كان سكره بسبب مشروع كضرورة العطش أو الغلط أو حتى المرض على رأى، فإنه لا يترتب على إقراره أثر شرعى لا فى المال ولا فى غير المال. أما إن كان سبب عدم إدراكه أو زوال عقله محرما كالسكر لغير ضرورة مما سبق، فإقراره صحيح ويترتب عليه أثاره الشرعية من حيث وجوب الالتزام بما أقر به فى كل شىء وكل حق، إلا فيما يقبل فيه الرجوع من الحقوق الخالصة لله وهى الحدود، لأن الحدود تدرأ بالشبهات والرجوع عن الإقرار فى الحدود شبهة فى رفع الحد، فلذا لم يلزم الحكم به شرعا.

والسبب الذى دفع الفقهاء إلى الخروج عن القواعد العامة بالنسبة لزوال العقل كمانع للتكليف والتى ورد بشأنها النص الشرعى أنهم نظروا إلى السبب من باب المصلحة العامة وسد الذرائع، وهما من الأدلة الشرعية الصحيحة التى قال بها

---

(١) المحلى ٨/ ٢٥٠ وما بعدها، والمهذب حـ ٢ ص ٣٤٦، والسلطة القضائية فى الفقة الشافعى. لنا مذكرات ص ٥٠ وأصول المرافعات الشرعية ص ٧٧٠.

الفقهاء، وذلك معاملة بنقيض قصد السكران لأن المسكر منهى عنه شرعا، ومعلوم للشخص مدى الآثار والأضرار التى تترتب على تناوله، ومنها زوال العقل. فالإقدام مع ذلك العلم هو رضاء ضمنى بكل ما يصدر عنه أثناء سكره ولا يخرج الإقرار عن تلك الآثار فيلزم بها شرعا حتى يكون ذلك رادعا له عند الإقدام على شرب المسكر أو تناوله باختياره، وحتى لا يكون ذلك وسيلة للتهرب من الحقوق والالتزامات ودافعا لارتكاب الجرائم والمنكرات تحت ستار زوال العقل بالمسكرات[1].

إقرار المكره :

ولا يصح إقرار المكره بلا خلاف بين الفقهاء. ولا يترتب عليه أى أثر شرعى أو التزام، لأنه باطل وما بنى على الباطل باطل، لأن المكره غير مكلف بنص الشارع من قوله ﷺ : «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه». ويؤخذ بطلان الكره فى قانون الإثبات الشرعى اليمنى رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٦ من نص المادة (١٠) التى اشترطت فى المقر حتى يكون إقراره صحيحا التكليف والاختيار[2] والإكراه ينافى الاختيار. ولذا وجب الالتزام بالنص قانونا وشرعا[3].

إقرار المريض :

لم يتعرض قانون الإثبات الشرعى رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٦ لحكم إقرار المريض ضمن المواد التى جاءت فيه بشأن الإقرار وأحكامه. ولعله فى ذلك اكتفى بالقواعد العامة التى أوردها فى نصوصه وأوردها الفقهاء. فإن كان المريض يؤثر على العقل كان المريض مانعا من التكليف، وكان الإقرار الذى يصدر من هذا المريض باطلا طبقا لنص المادة (١٠١) إثبات وبناء على ما قال به جميع الفقهاء.

---

(١) البحر الزخار ٦/ ٥، والسراج ص ٢٥٤ ومجمع الأنهر ٢/ ٢٩٠ والمهذب حـ ٢ ص ٣٤٦ وكتابنا المعاملات فى الفقه الإسلامى (مذكرات لطلبة كلية الشريعة والقانون بصنعاء ص٦).

(٢) انظر مجموعة من القوانين الإسلامية ص ١٢٤.

(٣) المحلى ٨/ ٢٥٠، والسراج ص ٢٥٤، وأصول المرافعات الشرعية ص ٧٧٠.

أما إن كان المرض لا يؤثر على العقل، فإن الإقرار حينئذ صحيح بناء على ما قاله جمهور الفقهاء، ولذا يجب الرجوع فى مثل هذه الحالات إلى أصل القانون ومصدره وهو الشريعة الإسلامية ونصوصها التشريعية.

ويقبل إفراز المريض المدرك فى كل حد أو قصاص مطلقا، سواء كان ذلك فى مرض موت أو غيره لأنه غير متهم فى ذلك.

وأما الإقرار بالمال، فإن كان لغير وارث قبل مطلقا، أى سواءكان الإقرار فى مرض الصحة أو فى مرض الموت، وذلك لأن المقر غير متهم فى حق نفسه، لأن الإقرار لغير الوارث حق له قد يتعلق بدين، وذمته لا تبرأ منه شرعا إلا بأدائه لصاحبه أو بالإبراء منه، فوجب عليه ذلك ولزمه الإقرار وجوبا أخذا من قوله تعالى فى خطاب المكلفين: ﴿ **يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ** ﴾[1] ومن قوله سبحانه: ﴿ **فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ** ﴾[2] والإملال هو الإقرار. وهذا مذهب الجمهور من الفقهاء الزيدية والشافعية والمالكية والحنابلة والظاهرية[3]، ويتفق الحنفية مع الجمهور من حيث المبدأ، أى فى صحة الإقرار، ولكن بشرط أن يتعلق الإقرار بالحق بسبب معروف كبدل ما ملكه بالاستقراض أو بالشراء وعاينه الشهود أو أهلك مالا أو تزوج بمهر مثلها وعاينها الناس. لأن العلم بالسبب ينفى تهمة الإقرار بالحق فى المرض، فصار الحق بالإقرار كالدين الثابت بالبينة فى مرضه، وإنما اشترط الأحناف ذلك مخالفين الجمهور محافظة على حق غرماء الصحة الذى تعلق بمال المريض مرض الموت فى أول مرضه، لأنه عجز عن قضائه عن مال آخر. فالإقرار فيه صادف حق غرماء الصحة، فكان محجورا عنه ومدفوعا به[4].

وأما الإقرار فى المرض بحق للوارث فهو صحيح عند ابن حزم وعند الشافعى فى الأصح وعند الزيدية على الراجح، كما هو الحال بالنسبة لغير الوارث لأن

---

(١) الآية ١٣٥ من سورة، النساء.

(٢) الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٣) المحلى ٨/ ٢٥٤ وما بعدها والبحر الزخار ٦/ ٣، والسراج ص ٢٥٥.

(٤) مجمع الأنهر ٢/ ٣٠٢.

الإقرار إظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه، لأنه إنشاء فصار كالإقرار للأجنبي والوارث بحق واحد لهما، فإذا ثبت للأجنبي ثبت، للوارث، لأن في ثبوت أحدهما ثبوتا للآخر، ولا يعتبر الإقرار بحق للوارث كالوصية، كما قال الأحناف الذين لم يجوزوا الإقرار بالحق للوارث عينا أو دينا في حالة المرض إلا بموافقة بقية الورثة لأنهم يعتبرون ذلك الإقرار وصية أو في حكمها استدلالا بحديث النبي ﷺ: «لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين. وذلك لأن الوصية تبرع والتبرع في مرض الموت لا يجوز شرعا فيما زاد على الثلث إلا بإجازة جميع الورثة، أما الإقرار بالحق أو الدين، فإنه إقرار بمال للغير، مشغولة به ذمة المقر، وهذه الذمة لا تبرأ شرعا إلا بالوفاء أو الإبراء. والفرض أنه لم يبرأ منه، فكان الإقرار هو الوسيلة الوحيدة للإبراء، والحديث الذي استدل به الأحناف لم يثبت عندهم[1].

وقال بعض الفقهاء إن إقرار المريض لا يصح في جميع الأحوال لا لوارث ولا لغير وارث، وقد روى ذلك عن سفيان الثوري وعطاء، وهو قول لا دليل عليه[2].

وبناءعلى ماقاله الجمهور من تصحيح إقرار المريض، للوارث ولغير الوارث فإن الدين الذي يتعلق بهذا الإقرار أو الحق بين الصحة والمريض بمعنى أنه لا يقدم دين الصحة على دين إقرار في مرض، فإذا أقر شخص لرجلين بدينين لكل منهما، أحدهما في الصحة والآخر في حالة المريض وضاق مال المقر وفاء الدينين معا قسم بينهما على قدر الدينين، لأنهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال ولا يقدم أحدهما على الآخر[3].

إقرار السفيه:

وإقرار السفيه وهو المحجور عليه[4] ماليا لسفهه إن كان هذا الإقرار يتعلق بحد

---

(١) المرجع السابق: المحلى ٨/ ٢٥٤ وما بعدها والبحر الزخار ٦/ ٣.

(٢) المحلى ٨/ ٢٥٥.

(٣) المهذب حـ ٢ ص ٣٤٣، ومباحث القضاء في الفقه الشافعي لنا ص ٥٢.

(٤) عند الجمهور لا يحتاج الحجر على السفيه إلى حكم قاض، بل ثبوت السفه نفسه ثبوت للحجر، وذلك يتحقق بوسائل الإثبات الشرعية. وقال أبو يوسف يحتاج الحجر إلى حكم قاض. «نظرية الدعوى والإثبات»

من حدود الله أو بقصاص صح منه الإقرار وحكم عليه بمقتضاه . لأنه غير متهم فى ذلك لمصلحة تعود عليه بلا خلاف بين الفقهاء .

وأما إن كان إقراره يتعلق به حق مالى لغيره عليه ، فإن كان بدين لزمه قبل الحجر لزمه الإقرار فى حقه بلا خلاف ، وفى حق الغرماء أيضا على الصحيح لأنه حق يستند بثبوته إلى ما قبل الحجر ، فلزم فى حق الغرماء كما لو ثبت بالبينة ، وقيل لا يصح الإقرار فى حق الغرماء ولا يلزمهم لأن المقر متهم فى إقراره لأنه ربما واطأ المقر له ليأخذ ما أقر به ثم يرده عليه . وحكم الإقرار بالعين يأخذ حكم الإقرار بالدين ، وقد علمنا فيما سبق أن الصحيح هو الإقرار إن كان ذلك يتعلق بما قبل الحجر .

وإن كان إقرار السفيه يتعلق بحق لغيره بعد الحجر ، فإن كان فى مال لم يصح بلا خلاف بين جمهور الفقهاء ، سواء كان هذا الإقرار يتعلق بعين أو بدين لأنه فى هذه الحالة يعتبر تصرفه كتصرف الصبى والمجنون ، وهما غير مكلفين شرعا . ولأنا لو قلنا بصحة إقرار السفيه فى مثل هذه الحالات فقد يتوصل بالإقرار إلى إبطال معنى الحجر شرعا . ويسرى مضمون هذا حتى بعد رفع الحجر عنه ، لأن القاعدة فى ذلك هى : «ما لا يلزمه بالإقرار والابتياع لا يلزمه بعد فك الحجر عنه» لأنا اسقطنا حكم الإقرار والابتياع لحفظ المال ، ولو قلنا بأن الإقرار يلزمه إذا زال الحجر عنه ، لم يؤثر الحجر فى حفظ الأموال والحقوق .

وإن كان إقرار السفيه يتعلق بطلاق منه أو رجعة أو خلع صح منه الإقرار كذلك ، لأننا قبلنا منه هذه الأمور فى حجره وصححناها له ، فصح إقراره بها لأن الحجر لحفظ المال ، والطلاق لا يضيع المال بل قد يتوافر عليه به وبخاصة عند الإبراء من الزوجة فيما يتعلق بحقوقها الناشئة عن الطلاق كنفقة العدة والمسكن ومؤخر المهر . وإذا صح الإقرار بالطلاق من المحجور عليه فيصح الإقرار بالخلع من باب أولى ، لأن الخلع بمال يدفع إليه ، والحجر على ما يدفعه المحجور عليه لغيره لا على ما يأخذه منه لأن ما يأخذه مصلحة له محضة ولا ضرر فيه والغرض من الحجر هو المصلحة ومنع الضرر .

وكذا الحكم بالنسبة لإقرار السفيه فيما يتعلق بحق النسب لأن النسب حق غير مالى فكان الإقرار بالحد ، لأن ثبوت النسب حق من حقوق الولد المقر له بالنسب ،

وهو من ضمن حقوق الله، لأن ذلك يتعلق بالمحافظة على الولد من الضياع. وفى هذه الحالة يحكم بثبوت النسب فقط، ولكن فيما يتعلق بالحقوق المالية المترتبة على هذا الإقرار لا يعمل بها حيث لا يسرى عليها الإقرار، فينفق من بيت المال على المقر له بالنسب إن كان ليس له مال، لأن المقر محجور عليه فى المال كما سبق القول.

والحجر على السفيه هو قول عامة فقهاء المذاهب جميعا، سواء كان الحجر على السفيه استمرارا للحجر عليه بسبب الصغر لأنه لم يبلغ رشيدا، أم بلغ رشيدا ثم زال رشده بسبب السفه، وسواء كان السفه وهو التبذير فى المال بسبب حلال أم بسبب محرم. فالسبب الحلال كالبيع والشراء والهبة وغير ذلك بحيث يشترى ما قيمته واحد بمائة مثلا والسبب المحرم هو إنفاق المال فى الخمر والميسر وما ماثل ذلك مما حرمه الله. ولم يخالف فى ذلك (أى فى الحجر على السفيه بعد بلوغه رشيدا) إلا الإمام أبو حنيفة - رضى الله عنه - وقد خالفه صاحباه أبو يوسف ومحمد، واتفقا مع قول الجمهور وهو الحجر على السفيه، إلا أن الخلاف بينهم فقط فى الحجر نفسه، هل يثبت بحكم قاض أو بمجرد السفه، محمد مع الجمهور وهو الحجر بنفس «السفه» وأبو يوسف يثبت الحجر بعد حكم القاضى بالحجر، والراجح فى المذهب الزيدى هو الحجر على السفيه كما قال الجمهور، فإن الجمهور يعتبرون السفه والتبذير ومطل الغنى وركوب الدين وخوف ضياع المال بالتجارة والتلجئة والإقرار لغير الغرماء من أسباب الحجر، فيجرى الحجر عندهم فى السفيه المفسد للمال بالصرف إلى الوجوه الباطلة وفى المبذر الذى يسرف فى النفقة ويغبن فى التجارات، ومن يمتنع عن قضاء الدين مع القدرة عليه، إذا ظهر مطله عند القاضى وطلب الغرماء من القاضى أن يبيع عليه ماله ويقضى به دينه، وفيمن ركبته الديون وله مال فخاف الغرماء ضياع أمواله، بالتجارة فرفعوا الأمر إلى القاضى وطلبوا منه أن يحجر عليه، أو خافوا أن يلجىء أمواله، فطلبوا من القاضى أن يحجره عن الإقرار إلا للغرماء.

وعند الإمام أبى حنيفة لو حجر القاضى على السفيه ونحوه لم ينفذ حجره حتى لو تصرف بعد الحكم عليه بالحجر ينفذ تصرفه، إذ لا ولى للسفيه عند الإمام أبى حنيفة لأن أسباب الحجر عنده ثلاثة فقط هى الجنون، والصبا، والرق. بل إن الإمام

أبا حنيفة يقول لو بلغ الصبى غير رشيد وبلغ خمسا وعشرين سنة فإنه يعطى إليه ماله مع عدم زوال الحجر عنه بسبب الصغر وعدم الرشد.

ودليل الجمهور قوله تعالى: ﴿ فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ﴾[1] حيث جعل الله لكل واحد من المذكورين فى الآية وليا ومنهم السفيه. وقوله تعالى: ﴿ وَلا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا ﴾[2].

وهذا صريح فى منع إعطاء السفهاء أموالهم التى هى ملك لهم، بل أمر الله بغل أيديهم عن التصرف فيها وجعل ذلك للولى فقط، وهذا هو معنى الحجر[3].

هذا وقد أخذ قانون الإثبات الشرعى رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٦م بقول الجمـ حيث اشترط فى المقر أن يكون غيد محجور عليه (مادة ١٠١) ومع أن المقنن لم يـ فى النص غير محجور عليه لسفه فإن ذلك يعرف من سياق النص لأنه ذكر فى نفس النص بقية أسباب الحجر الأخرى كالصغر والجنون. فقد جاء نص المادة (١٠١) على النحو التالى:

«يشترط فى المقر أن يكون مكلفا أهلا لأداء الحق المقر به مختارا غير محجور عليه وغير هازل، إلا فى الطلاق والنكاح وأن لا يعلم كذبه عقلا أو شرعا»[4]. ويرجع فى بقية الأحكام الخاصة بالحجر التى لم ترد فى القانون إلى نصوص فقهاء الجمهور التى استند إليها القانون وأخذ أحكامه منها.

---

(١) الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٢) الآية ٥ من سورة النساء.

(٣) راجع بدائع الصنائع ٩/ ٤٤٦٣ وما بعدها ومجمع الأنهر ٢/ ٤٣٧ وما بعدها والمحلى ٨/ ٢٧٩ وما بعدها والسراج ٢٢٩ وما بعدها والتنبيه ص ٦٤ وما بعدها والاختيار ٢/ ١٣٠ وما بعدها وعيون الأزهار ص ٤٦٤ وما بعدها والبحر الزخار ٦/ ٨٨ وما بعدها وأصول المرافعات الشرعية ص ٧٧.

(٤) مجموعة الأحكام الإسلامية اليمنية ص ١٢٤.

إقــرار الأخــرس:

ويصح الإقرار من الأخرس بالاتفاق لأن عدم الكلام لا يدخل ضمن الأسباب التى توجب الحجر أو تمنع التكليف، وذلك لأن للأخرس حقوقا وعليه واجبات والتزامات، وقد لا تعرف إلا من جهته فاحتجنا لمعرفتها منه وهذا لا خلاف فيه، ويمكن التعبير عن ذلك من الأخرس بكل وسيلة مفهومة معروفة منه تحل محل كلام الناطق، إن كان الأخرس يعرف الكتابة حلت محل الكلام ولا يقبل منه إقرار إلا بذلك (أى بالتعبير عنه بالكتابة عند الجمهور). فإن كان لا يعرف الكتابة حلت الإشارة المفهمة محل الكلام ويأخذ المريض الذى لا يستطيع الكلام حكم الأخرس فى كل ما سبق. ويستثنى من ذلك أحوال لا يصح الإقرار فيها من الأخرس، وهى الحدود واللعان، والظهار، والإيلاء. وبهذا أخذ قانون الإثبات الشرعى رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٦م فى المادة (١٠٩).

وقد جعل القانون السابق المصمت[1] فى حكم الأخرس، وصحح إقراره إلا فى الأحوال المستثناه. وهو لم يبين ذلك المصمت، هل هو الذى يقدر على الكلام ولم يتكلم أو أنه غير القادر لعذر ما. فإن كان الثانى فيأخذ حكم المريض، وإن كان الأول فنحن نرى أنه لا قيمة لإقراره. لأن القدرة على الكلام مع الصمت دليل على عدم الاعتراف الكامل الشرعى الصحيح حتى ولو كان بإيماءة أو بإشارة مفهمة، لأننا قبلنا إشارة الأخرس أو كتابته لأنها وسيلته إلى الكلام. أما المتكلم فلا عذر له فى عدم الكلام إلا إذا أحل محله الإقرار الكتابى، وفى هذه الحالة يأخذ الإقرار الكتابى أحكام الكتابة ويطبق عليه أحكام الإقرار فى الإثبات، وذلك لأن الشرع لم يعتبر السكوت من المتكلم إقرارا أو رضاء إلا فى عقد النكاح مع البكر، حيث اعتبر سكوتها عند عرض الأمر عليها إقرارا بقبول النكاح، ويحل وليها محلها فى التصريح بالموافقة على القبول لمقتضى الحال الذى راعاه الشارع بالنسبة لحياء البكر فى مثل هذه الحالات، ولهذا اعتبر الشارع التصريح عند زوال هذه العلة..

---

(١) انظر المادة (١٠٩) وهو يقول فى المذهب الزيدى وانظر البحر الزخار.

إقـرار الوكيل:

الوكيل نائب عن الأصيل. ولهذا فهو فى هذه النيابة يتبع إرادة الأصيل، حيث لا يتصرف إلا فى حدود هذه الإرادة، فيما إذن له فيه تولاه باسم الأصيل وما منع منه لم يلزم الأصيل. وبناء على ذلك لا يصح إلا قرار من الوكيل بالخصومة أو المدافعة فيما يضر موكله ولو بإذنه إلا بحضور الموكل وعدم اعتراضه على وكيله بعد تنبيه الحاكم له مادة (١١٠) إثبات.

إقرار الولى والوصى:

ولا يصح الإقـرار من الوصى أو الولى. بمعنى أنه لا يترتب على هذا الإقرار أى التزام بحق من الحقوق التى تعود على المولى عليه أو الموصى عليه إلا فيما تولى الولى أو الوصى قبضه أو التصرف فيه فى حدود ولايته الشرعية (مادة ١١١) إثبات[١].

الإقرار بما يحتمل التأويل أو التفسير:

والإقرار بالمجهول أو المبهم جنسا أو قدرا أو صفة صحيح شرعا. فلو قال شخص أقر بأن لفلان علىّ أو فى ذمتى شيئا أو حقا صح الإقرار منه ولزمه وطولب بالتفسير. فإن امتنع عن التفسير جعل ناكلا ورد اليمين على المدعى وقضى له بما يدعيه، لأنه كالساكت عن جواب المدعى، وهذا هو قول الجمهور وبه أخذ قانون الإثبات الشرعى رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٦[٢]. (مادة ١١٤).

ويقبل التفسير بكل ما يتمول شرعا وعرفا، ولا يحلف على ذلك إلا من طريق الاستكشاف فقط، وعلى منكر التفسير البينة على العكس[٣] (مادة ١١٥) إثبات يمنى.

---

(١) مجموعة الأحكام الشرعية ص ١٢٥.

(٢) المهذب ٢/ ٣٤٧ والبحر الزخار ٦/ ٥ وعيون الأزهار ص ٤٣٢ والاختيار ٢/ ٢٩٠، والسراج ص ٢٥٧ والتنبيه ص ١٥٦ وما بعدها، ومجموعة القوانين الإسلامية ص ١٢٦.

(٣) المراجع السابقة.

وفى قول آخر للفقهاءغير الجمهور لا يحكم على من أقر بمجهول ولم يفسره بالامتناع، حتى ينتقل الأمر إلى الخصم فى تفسيره والحلفان عليه، وإنما يجب حبسه حتى يفسر ما أقر به من المجهول، لأنه بالإقرار قد اعترف بحق وامتنع من أدائه ومن حق القاضى أو بناء على طلب الخصم أن يحبس الممتنع عن أداء الحق القادر عليه فى الحال حتى يؤديه لصاحبه(١).

ويصح تفسير المال بما يطلق عليه أنه مال محترم عرفا وشرعا، سواءكان قليلا أو كثيرا حتى وإن قال المقر فى إقراره إنه مال عظيم أو كثير، لأن ما من مال إلا وهو عظيم فى نفسه بالنسبة إلى غيره مما دونه أو أقل منه أو بالنسبة للمقر نفسه، وذلك لفقره أو لقلة ماله مثلا، حيث ما يعتبره هو عظيما أو كثيرا قد يكون لا قيمة له فى نظر الأثرياء والأغنياء أو متوسطى الحال(٢).

وإذا أقر الشخص بما يقبل العدد قبل تفسيره بأقل الجمع وهو ثلاثة على الأرجح أو اثنان على قول من قال بأن الاثنين فما فوقهما جماعة. ولو قال فى إقراره له على من الدنانير ما بين واحد إلى عشرة لزمه ثمانية لأن ما بينهما ثمانية وذلك بطرح الواحد والعشرة من المقر به، وهما اثنان فيبقى ثمانية.

فإن قال علىّ من واحد إلى عشرة ففيه وجهان:

أحدهما: ثمانية، لأن الأول والعاشر حدان لا يدخلان فى الإقرار.

والثانى: يلزمه تسعة لأن الواحد يلزمه، لأنه أول العدد ولا يسقط عنه إلا العاشر لأنه الحد الذى انتهى إليه الإقرار(٣).

وإذا قال علىّ كذا لفلان، رجع فى التفسير إليه. فإن قال المقر له علىّ كذا دينار، لزمه دينار واحد فقط لأنه قد فسر المبهم بالدينار وهو صحيح.

وإن قال له علىّ ألف، قبل منه البيان والتفسير للألف بأى جنس من المال وبأى

---

(١) المهذب فى الفقه الشافعى ٢/ ٣٤٧.

(٢) المرجع السابق. والاختيار ٢/ ١٧٩.

(٣) المرجع السابق. والاختيار ٢/ ١٨٣.

نوع . وإن فسره بأجناس قبل منه ذلك لأنه يحتمل الجمع والاشتراك . فإن قال له على ألف دولار أمريكى لزمه الدولار، ورجع فى تفسير الألف إليه . فإن قال دولار وفقط أو دينار لزمه الدينار أو الدولار ورجع فى تفسيره وتفسير الألف أيضا إليه . وذلك لأن كلا من الدولار والدينار عملة لأكثر من دولة[1] .

وإذا أقر شخص لآخر فقال : لفلان على ألف دينار كويتى ثم أحضر الألف وقال هذه هى التى أقررت بها ، وهى وديعة فى يدى وأريد أن أدفعها لصاحبها . فقال المقر له هذه الألف وديعة فى يده وهى غير الألف التى أقر بها لأنها دين عليه من بيع أو قرض مثلا ، ففى قبول هذا التفسير قولان إن لم يكن مع المقر له بينة :

أحدهما : لا يقبل هذا التفسير لأن قوله على إخبار عن حق واجب عليه ، فإذا فسره بالوديعة فقد فسره بما لا يجب عليه ، لأن الوديعة أمانة فى يده ولا يجب عليه إن تَلِفَتْ من غير تقصير .

والثانى : يقبل تفسيره ، لأن الوديعة وإن كانت أمانة فى يده أصلا إلا أنه يلزمه شرعا ردها إلى صاحبها وذمته مشغولة بها دائما مادامت تحت يده ولم يتسلمها صاحبها بعد أو يسقط حقه فيها ، ثم إن ضمانها قد يجب عليه إذا تلفت فى يده بتقصير منه[2] .

وإذا أقر إنسان فقال فى إقراره : هذه الدار لزيد لا بل لعمرو ، أو قال غصبتها من زيد لا بل من عمرو ، حكم بها للأول وهو زيد لأنه أقر بها له ولا يقبل قوله للثانى لأنه رجوع عن الإقرار للأول ، وهو لا يصح ولكن يلزمه قيمة العين للثانى على الصحيح المعتمد لأنه حال بينه وبين ماله فلزمه ضمانه . وهذا كله إذا لم يكن الإقرار للأول على سبيل الغلط أو الهزل أو سبق اللسان ، وعلى المقر طبعا عبء إثبات أنه كان يقصد ذلك أو لا يقصده[3] .

هذا وقد جاء حكم الإقرار بالمجهول فى قانون الإثبات الشرعى اليمنى فى المادتين (١١٤ ، ١١٥) .

---

(١) المهذب ٢/ ٣٤٨، ٣٤٩.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق. والاختيار ٢/ ١٨٦ والسراج ص ٢٦٠.

فتنص المادة (١١٤) على أنه: «يصح الإقرار بالمجهول جنسا أو قدرا ويفسره المقر بما يقضى به العرف أو بيمين القطع وعلى الوارث يمين العلم».

وتنص المادة (١١٥) على أن: «يفسر الإقرار بالكثير وبالقليل بالمتعارف عليه، وإلا فالكثير فوق العشرة، والقليل ما بين الثلاثة والعشرة»[١].

وفى جميع الأحوال، فإن الإقرار لا يتجزأ على صاحبه، إلا إذا انصب على وقائع متعددة، وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى. (مادة ١١٦ إثبات).

الإقرار بالنسب على النفس:

إذا أقر شخص على نفسه بنسب مجهول يمكن أن يكون منه بحيث لا يكذبه الحس أو الشرع، وكان هذا المستحق صغيرا أو مجنونا ثبت نسبه بمقتضى هذا الإقرار، والحق بالمقر لأنه أقر بحق لغيره يصح فيثبت الحق.

فإن بلغ الصبى أو أفاق المجنون وأنكرا النسب لم يسقط النسب بإنكارهما لأنه نسب محكوم بصحته وثبوته فلا يسقط بالرد.

فإن كان المقر له بالنسب بالغا عاقلا اشترط فى صحة هذا الإقرار وثبوت النسب عدة شروط، هى:

أولا: ألا يكذبه الحس وهو أن يولد مثله لمثله.

ثانيا: ألا يكذبه الشرع. وهو ألا يكون معروف النسب من غيره.

ثالثا: أن يصدقه المقر بالنسب. فإن كذبه لم يثبت النسب إلا ببينة.

فإن كان المستلحق بالنسب اثنين، ثبت النسب لمن يصدقه المقر له بالنسب لأن الحق حقه.

---

(١) مجموعة القوانين الإسلامية ص ١٢٦.

وهذا فيما إذا كان المقر له بالنسب حيا . فإذا كان ميتا وكان صغيرا أو مجنونا ثبت نسبه لأنه يقبل إقراره به إذا كان حيا . وإن كان الميت المقر له بالنسب بالغا عاقلا ففيه وجهان .

أحدهما : أنه يثبت النسب لأنه ليس للميت قول ، فكان حكمه حكم الصبى والمجنون .

والثانى : لا يصح الإقرار ولا يحكم بمقتضاه بثبوت النسب لأن نسب البالغ لا يثبت إلا بتصديقه هو لهذا النسب لأن الحق حقه ، والتصديق لا يتحقق بعد الموت لأنه معدوم وما بني على المعدوم فهو معدوم[1] .

الإقرار بالنسب على الغير :

والإقرار بالنسب على الغير يصح كما يصح الإقرار به على النفس عند الشافعية ومن وافقهم ، ولا يثبت عند الحنفية والزيدية إلا ببينة . ولكن يثبت الإرث إن لم يكن وارث غير المقر له . ويشترط فى صحة الإقرار بالنسب على الغير عند من قالوا به عدة شروط هى :

أولا : كون الملحق به النسب ميتا .

ثانيا : ألا يكون هذا الميت قد نفى الملحق به فى حياته .

ثالثا : أن يصدق المقر له بالنسب المقر إن كان المقر بالغا عاقلا .

رابعا : ألا يكذب الحس أو الشرع المقر فى إقراره .

خامسا : أن يرث المقر له الميت لو ثبت النسب[2] .

وبناء على ذلك وهو القول بصحة الإقرار بالنسب على الغير بالشروط السابقة .

---

(١) المهذب ٢/ ٣٥١ وما بعدها ، والساج ص ٢٦١ وما بعدها والتنبيه ص ١٥٨ والاختيار ٢/ ١٩٢ ومجمع الأنهر ٢/ ٣٠٤ وما بعدها . والبحر الزخار ٦/ ١٢ وما بعدها وعيون الأزهار ٤٢٩ وما بعدها .

(٢) المهذب ٢/ ٣٥٢ ، والسراج ص ٢٦٢ ومجمع الأنهر ٢/ ٣٠٦ والبحر ٦/ ١٢ وما بعدها .

إذا مات رجل وترك ابنا فأقر هذا الابن على أبيه بنسب لو أقر به الأب لو كان حيا لحقه وورثه ولم يثبت أنه قد نفاه فى حياته، فإن النسب يثبت بهذا الإقرار، وذلك لما روت عائشة رضى الله عنها قالت: «اختصم سعد بن أبى وقاص، وعبد بن زمعة إلى رسول الله ﷺ فى ابن أمة زمعة فقال سعد: أوصانى أخى عتبة إذا قدمت مكة أن أنظر إلى ابن أمة زمعة وأقبضه فإنه ابنه، وقال عبد بن زمعة: أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه. فقال النبى ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر».

وإن مات رجل وخلف ابنين، فأقر أحدهما بنسب ثالث بأنه أخوه من أبيه الميت، وأنكر الابن هذا النسب ولا بينة للأول لم يثبت النسب لأن النسب لا يتبعض. فإذا لم يثبت فى حق أحدهما لم يثبت فى حق الآخر، ولا يشاركهما فى الميراث لأن الميراث فرع النسب والنسب لم يثبت فلم يثبت الإرث. وإذا استمر المقر على إقراره إلى أن مات المنكر وليس لهذا المجهول وريث إلا هذا المقر ثبت النسب.

فإن كان أحد الابنين اللذين تركهما الميت مجنونا وأقر العاقل بنسب أخ ثالث لهما لم يثبت النسب أيضا لأنه لم يوجد الإقرار من جميع الورثة، فإن مات المجنون قبل الإفاقة وكان له وارث غير الأخ المقر قام وارثه مقامه فى الإقرار، وإن لم يكن له وارث غير المقر ثبت النسب، وإذا أقر أحد الابنين البالغين العاقلين بزوجة لأبيهما وأنكر الآخر ففى صحة الإقرار وجهان:

أحدهما: يصح الإقرار فى حق المقر فقط ويثبت به المال أى الإرث للزوجة ولكن تشارك المقر فقط لإنكار الآخر الزوجة التى يثبت بها الإرث من الميت.

والثانى: الإقرار غير صحيح لتكذيب الأخ الثانى لأن ذلك يتعلق بأحد فروع النسب وهو الزوجية والزوجية لم تثبت لوجود الإنكار من الآخر، كما لم تثبت لإنكار أحدهما للابن الثالث، ولهذا لا تشارك المرأة المقر فى الميراث.

وإن مات رجل وترك بنتا فأقرت بنسب أخ لها من أبيها الميت بالشروط السابقة لم يثبت النسب لأنها لا ترث المال جميعه، فإن أقر معها الإمام وجهان:

أحدهما: يثبت النسب، لأن الإمام نافذ الإقرار فى مال بين المال.

والثاني : لا يثبت لأنه لا يملك المال بالإرث وإنما يملكه المسلمون جميعا وهم لا يتعينون .

وإذا أقر ابن الميت الوارث الوحيد بأخوين مجهولي النسب في وقت واحد فصدق كل منهما صاحبه، ثبت نسبهما وميراثهما . فإن كذب كل منهما صاحبه لم يثبت نسب أحد منهما . فإن صدق أحدهما صاحبه وكذبه الآخر ثبت المصدق دون المكذب ما لم يكن الأخوان المقر لهما بالنسب توءمين، حيث يثبت الإقرار لأحدهما بالنسب مع تصديقه النسب للآخر، وإن كذبه المقر له الاعتراف بأحدهما فقط وذلك لأن تكذيب أحدهما لا يؤثر في إسقاط النسب عنه لأن التوءمين لا يفترقان وما ثبت لأحدهما يثبت للآخر ويحكم به[1] .

(١) راجع فيما سبق المهذب ٢/ ٣٥٢ وما بعدها والسراج ص ٢٥٤ وما بعدها والتنبيه ص ١٥٦ وما بعدها والمنهج ص ١٥٠ وما بعدها.

المبحث الثالث

الرجوع عن الإقرار والتكذيب فيه

الرجوع عن الإقرار - (مادة ١١٧):

إذا كان الرجوع عن الإقرار بنسب صغير على النفس أو الغير، فلا يصح الرجوع لأن الحق لا يمكن رده عن الغير لما سبق بيانه. أما إذا كان المقر له بالنسب بالغا عاقلا ثم رجع المقر عن إقراره بعد أن صدقه المقر له في ثبوت النسب ثم في الرجوع فإنه لا يسقط النسب. لأن النسب إذا ثبت، فإنه لا يسقط بالنفي إلا ببينة. وقيل يسقط النسب بالرجوع عن الإقرار إذا صدق المقر له في الرجوع، كما إذا أقر له بمال ثم رجع عنه وصدقه المقر له حيث يسقط المال.

وإن كان الرجوع عن الإقرار بحق لآدمي كالحقوق المالية أو بحق مالي لله تعالى لا يسقط بالشبهة كالزكاة والكفارة لم يقبل هذا الرجوع لأنه بالإقرار ثبت حق لغير المقر يجب شرعا أداؤه إليه وهو لا يسقط إلا بإسقاط صاحبه، ولهذا يحتاج الأمر إلى رضاه(١).

أما إذا كان الرجوع عن الإقرار في حق من حقوق الله الخالصة التي تسقط بالشبهة كالحدود، فإنه يقبل الرجوع عن الإقرار، وذلك لأن التعريض بالرجوع عن الحد حتى من القاضي أو الحاكم يندب إليه لقوله - ﷺ -: «ادرءوا الحدود بالشبهات» ولما ثبت من أنه - ﷺ - عرض للمقر بالزنا عن الرجوع في إقراره، وفعل معه ذلك أربع مرات حتى أقر أربعا أمام النبي - ﷺ -، فما كان من النبي بعد تأكده من صحة إقرار المقر بالزنا وإصراره على هذا الإقرار إلا أن يأمر بإقامة

---

(١) المهذب ٢/ ٣٤٥ وما بعدها. وعيون الأزهار ص ٤٣٣ والبحر الزخار ٦/ ٦.

الحد عليه . كما فى خبر ماعز، وذلك دليل على جواز الرجوع فى الإقرار بالزنا وصحته .

وأما السرقة وقطع الطريق فقد استدل للرجوع فيهما بما رواه أو أمية المخزومى أن النبى - ﷺ - أتى بلص قد اعترف بالسرقة، فقال له النبى - ﷺ - : ما أخالك سرقت . فقالت ذلك مرتين أو ثلاثا ثم أمر بقطعه» : فإذا كان لا يقبل فى الإقرار بالسرقة الرجوع لما عرض له النبى - ﷺ - بالرجوع . ويجوز قبول الرجوع عن الإقرار فى الحد حتى بعد الحكم به، بل وعند تنفيذه فى أثناء التنفيذ، ويعمل بمقتضى هذا الرجوع فى أى وقت، وهو إسقاط الحد قبل التنفيذ والتوقف عنه فى أثناءالتنفيذ . ولكن لو نفذ الحد بدون النظر إلى هذا الرجوع جاز، لما ثبت من حيث ماعز أنه قد رجع عن إقراره فى أثناء تنفيذ الحد عليه من الصحابة ولم يقبل الصحابة الرجوع حتى استمروا فى إتمام الحد، وقد علم النبى - ﷺ - بذلك ولم يحكم على أحد من الصحابة الذين اشتركوا فى إقامة الحد على ماعز بالتعدى لنطاق تنفيذ الحد .

فقد روى الزهرى عن جابر أنه قال : «كنت فيمن رجم ماعزا فرجمناه فى المصلى بالمدينة، فلما أذلقته الحجارة تحجز حتى أدركناه بالحرة فرجمناه حتى مات ولم يضمنهم النبى- ﷺ -»[1] .

تكذيب المقر له للمقر :

وتكذيب المقر له للمقر يبطل الإقرار بلا خلاف إلا فى الطلاق البائن أو المكمل للثلاث أو الرضاع . أما الحق المالى ففيه وجهان :

أحدهما : يؤخذ من المقر عند رفض المقر له ورده، ويحفظ لأن المدعى لا يدعيه لنفسه والمقر له لا يدعيه كذلك، فرحب على الإمام حفظه كالمال الضائع حتى يظهر صاحبه .

---

(١) المهذب ٢/ ٣٤٦.

والثاني: يبقى المال فى يد المقر لأنه محكوم له أصلا بملكه الظاهر بوضع اليد، وحيث رده المقر له به، فإنه يبقى على هذا الملك الأصلى[1].

حكم الرجوع عن الإقرار والتكذيب فى قانون الإثبات رقم (٩٠) لسنة ٧٦:

هذا وقد جاء حكم الرجوع عن الإقرار والتكذيب فيه فى القانون رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٦ إثبات مادة (١١٧ منه). وقد أجازت المادة الرجوع فى الحقوق المالية فقط وبشرط موافقة المقر له على هذا الرجوع، ومفهوم هذا أن تكذيب المقر له للمقر مبطل لإقرار. ولم تشترط المادة (١١٧) أيضا قبول المقر له للمقر به إذا كان ذلك يتعلق بطلاق بائن أو مكمل للثلاث، أو فى الرضاع وقد جاء فى نص (المادة السابقة) سلا يصح الرجوع فى الإقرار إلا أن يكون فى حق من حقوق العباد المالية بشرط قبول المقر له. ولا يشترط قبول المقر له فى الطلاق البائن أو المكمل الثلاث أو الرضاع»[2].

(١) المهذب حـ٢ ص ٣٤٦.

(٢) مجموعة القوانين الإسلامية ص ١٢٦.

الباب الرابع

البينـــــة

المبحث الأول
شـــهادة الشـــهود
المقصـــد الأول

تعريف الشـــهادة:

الشهادة فى اللغة[1] تعنى عدة معان منها الاطلاع على الشىء ومعاينته فتقول شهدت الشىء بمعنى اطلعت عليه وعاينته فأنا شاهد، والجمع أشهاد وشهود. وأشهدت فلانا على كذا وشهدت على الرجل بكذا أو شهدت له به بمعنى الاطلاع والمعاينة فى الجميع. ومن هذا القبيل قولك شهدت العيد بمعنى أدركته وشاهدته مشاهدة أى عاينته معاينة. ومنه أيضا قولهم شهد الرجل المكان الفلانى وشهد الجندى الحرب، أى حضر كل منهما المكان والحرب وعاين ذلك بنفسه. ومنه قوله تعالى: ﴿ **فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ** ﴾[2] أى من كان حاضرا فى الشهر مقيما غير مسافر فليصم ما حضر وأقام منه من أيام.

وكما تعنى الشهادة فى الفقة الاطلاع والمعاينة، فإنها قد تعنى العلم بما استفاض واشتهر حتى أصبح فى منزلة المعاينة والاطلاع بالنفس، ومنه قوله تعالى: ﴿ **شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لا إِلَهَ إِلاَّ هُوَ... الآية** ﴾[3] أى علم وبين.

وأما الشهادة شرعا أى فى اصطلاح الفقهاء فقد عرفوها بأنها: «خبر قاطع بما

(١) المصباح المنير مادة «شهد» ١/ ١٤٧ وما بعدها، والنظم المستعذب ٢/ ٣٢٣.

(٢) الآية ١٨٥ من سورة البقرة.

(٣) الآية ١٨ من سورة آل عمران.

شاهد الإنسان وعاين بنفسه أو بما علم واستفاض من طريق غيره «فهو مبنى على المعنى اللغوى ومأخوذ منه»(١).

ومع أن هذا الإخبار الذى ورد فى تعريف الفقهاء لا يدل بلفظه على الإلزام والثبوت لكونه عاما إلا أن قرينة الحال دليل هذا الالزام عند جميع الفقهاء لأن الإلزام بمقتضى هذه الشهادة لا يجب إلا إذا كان من حاكم يصح حكمه ويلزم شرعا.

ولهذا فقد نص بعض الفقهاء على هذا القيد صراحة فى تعريف الشهادة حيث قال: الشهادة شرعا: إخبار بحق للغير على الغير بلفظ الشهادة عند القاضى عن مشاهدة وعيان لا عن ظن وحسبان»(٢).

وقد أخذ بذلك قانون الإثبات اليمنى رقم (٩٠) لسنة ٧٦ فى المادة (٤٦) عندما قالت: «الشهادة إخبار فى مجلس القضاء من شخص بلفظ الشهادة لإثبات حق لغيره على غيره»(٣).

حكم الإشهاد على الحقوق والعقود:

الإشهاد على الحقوق والعقود أصلا مستحب وغير واجب عند جمهور الفقهاء إلا فى عقود وردت على سبيل الاستثناء والحصر، وذلك لخطورة شأنها بين الناس وهى عقود النكاح والرجعة، ومعنى وجوب الإشهاد عليها أنها لو تمت بدون هذه الشهادة كانت عقودها فاسدة وما ترتب عليها فاسد أو باطل. ولهذا لا يترتب على هذه العقود الفاسدة آثارها الشرعية، وإذا تم دخول فى النكاح بناء على هذا العقد الخالى من الإشهاد كان ذلك فى معنى السفاح ووجب التفريق بين الزوجين بالقوة، كما لا يثبت بهذا العقد أى حق من الحقوق الزوجية أو حق يتعلق بالنسب.

---

(١) المهذب ٢/ ٣٢٣، وعيون الأزهار ٤٣٥، والسراج ص ٦٠٣، والاختيار ٢/ ١٩٣، وأصول المرافعات الشرعية ص ٧٢٧ وحاشية الدسوقى ٤/ ١٦٤ ومغنى المحتاج ٤/ ٤٣٦.

(٢) مجمع الأنهر ٢/ ١٨٥.

(٣) مجموعة القوانين الإسلامية ص ١١٥.

وما عدا ذلك من العقود كالبيع والإجازة والرهن والشركة والمداينات وغيرها فإنه لا يجب الإشهاد عليه عند الجمهور، بل هو مستحب فقط ومندوب إليه لقوله تعالى: ﴿ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾[1] حيث قال العلماء إن الأمر بالإشهاد فى هذه الآية مصروف إلى الاستحباب أخذا من قوله سبحانه فى الآية ٢٨٣ من نفس السورة ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ﴾. وبما ثبت من أن النبى - ﷺ - «ابتاع من أعرابى فرسا فجحده، فقال النبى - ﷺ -: «من يشهد لى، فقال خزيمة بن ثابت الأنصارى: أنا أشهد لك. فقال النبى - ﷺ -: لم تشهد ولم تحضر؟ فقال خزيمة نصدقك فى أخبار السماء ولا نصدقك على أخبار الأرض» فسماه النبى - ﷺ - ذا الشهادتين. فلو كان الإشهاد واجبا لأشهد النبى - ﷺ - عند البيع، ولكنه لم يشهد بدليل ما سبق فدل على أن الأمر الوارد فى الآية بالإشهاد للإرشاد والندب لا للوجوب[2].

حكم التحمل والأداء للشهادة:

تحمل الشهادة وأداؤها فرض على كل إنسان على سبيل الكفاية بما يحفظ على الناس حقوقهم وعدم ضياعها لقوله تعالى: ﴿ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾[3] وقوله: ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ﴾[4]. وما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال: «من الكبائر كتمان الشهادة».

وإنما كان التحمل والأداء على سبيل الكفاية لا العين لأن المقصود بالشهادة حفظ الحقوق، وذلك يمكن من البعض ولا يحتاج إلى الكل. ومع أن هذا الحكم هو الأصل إلا أن ذلك قد يكون على سبيل الفرض العينى، وذلك فيما إذا كان الشاهد فى موضع لا يوجد فيه غيره للشهادة أو لا يصلح لها إلا هو؛ لأن الشهادة قد ثبتت

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٨٢.

(٢) المهذب ٢/ ٣٢٣ وما بعدها، ومغنى المحتاج ٤/ ٤٢٦.

(٣) الآية ٢٨٢ من سورة البقرة. .

(٤) الاية ٢٨٣ من سورة البقرة.

فى حقه لأداء الحق وبيانه لأنه لا يعرف إلا من جهته فى هذه الحالة فيعتبر من يتخلف عن تحمل الشهادة أو أدائها كمن يتخلف عن أداء فرض عينى عليه كالصلاة والزكاة حيث يجبر شرعا على أدائه بل ويعاقب على تركه حتى لا تضيع الحقوق على أصحابها بين الناس[1].

إذا ثبت هذا فإن دعى شخص إلى تحمل شهادة فى نكاح أو دين أو غيره لزمته الإجابة، كما يلزمه الأداء بعد التحمل إن دعى إلى ذلك، فإن قام بهذا الفرض فى التحمل أو الأداء من يصلح ويكفى فى الإثبات سقط الفرض عن الجميع، وإن امتنع الكل أثموا جميعا. وإنما يأثم الممتنع إذا لم يكن عليه ضرر وكانت شهادته تنفع فإن أصاب الشاهد ضرر فى التحمل أو الأداء لم يلزمه ذلك لقوله تعالى: ﴿ **ولا يضار كاتب ولا شهيد** ﴾ ولقول النبى: «لا ضرر ولا ضرار». ولأنه لا يلزمه أن يضر نفسه لنفع غيره[2].

هل يجوز للشاهد طلب أو أخذ الأجرة على الشهادة؟

إذا تعينت الشهادة على الشخص فإنه لا يجوز له شرعا طلب الأجرة عليها لأنها حينئذ فرض عين عليه، ولا يصح أخذ أجرة فى مقابل أداء الواجب العينى كالصلاة.

فإذا لم تتعين الشهادة على الشخص بأن كانت على الكفاية فهناك خلاف فى أخذ الأجرة على وجهين:

أحدهما: يجوز لأنها غير متعينة عليه لأن كل ما لم يتعين على الإنسان إذا طلب منه فعله جاز له أن يأخذ فى مقابلة أجرا، كما يجوز ذلك بلا خلاف للكاتب الذى يكتب وثيقة بحق، والشهادة عند عدم تعينها كالوثيقة التى يبين بها الحق.

---

(١) السراج مع المنهاج ص ٦١٠، ومغنى المحتاج ٤/ ٤٥٠، والمغنى لابن قدامة ٩/ ١٤٦ وما بعدها، والاختيار ٢/ ١٩٣.
(٢) المغنى ٩/ ١٤٧.

والثاني : لايجوز أخذ الأجرة على الشهادة مطلقا لأن الأجرة تلحق بالشاهد، والشرط فى صحة الشهادة العدالة والبعد عن التهمة كما سيأتى بيانه فيما بعد[1] .

حكم التحمل والأداء وطلب الأجرة فى الإشهاد فى قانون الإثبات اليمنى:

هذا وقد أخذ قانون الإثبات الشرعى اليمنى بمبدأ وجوب أداء الشهادة لمن تحملها إذا طلب منه ذلك ، فقد قضت (المادة ٧٨) أنه يجب على متحمل الشهادة أصالة أو إرعاءً أداؤها عند طلب الشهود .

كما تقضى (المادة ٨١) من القانون بأنه إذا أجل التحقيق لجلسة أخرى فإن النطق بالتأجيل يكون بمثابة تكليف لمن يكون حاضرا من الشهود بالحضور فى الجلسة التى أجل إليها التحقيق إلا إذا أعفوا صراحة من الحضور .

وتنص (المادة ٨٣) على أنه : «إذا لم يحضر الخصم شاهده فى الجلسة المحددة قررت المحكمة أو القاضى إلزامه بتكليف الشاهد بالحضور عن طريق المحضرين ، فإن لم يفعل سقط حقه فى الاستشهاد به» .

وتقضى (المادة ٨٤) بأنه إذا رفض الشاهد الحضور إجابة لدعوة الخصم أو المحكمة جاز للحاكم تكليفه بالحضور بأية طريقة يراها مناسبة .

وإذا كان هناك عذر يمنع الشاهد من الحضور فليس هناك ما يمنع فى نظر قانون الإثبات اليمنى من أن ينتقل القاضى إلى الشاهد لسماع شهادته فى محضر يوقع منه ومن الكاتب (مادة ٨٥)[2] .

وقد أخذ قانون الإثبات اليمنى أيضا بمبدأ جواز أخذ مقابل يعطى للشهود إذ نصت (المادة ٩٥) على أن : «تقديم مصروفات الشهود ومقابل تعطيلهم بنظر المحكمة حسب الأحوال بناء على طلبهم ، ويعطى الشاهد صور أمر التقدير وتكون نافذة على الخصم الذى استدعاه للشهادة» . ولم يغفل القانون ذلك الحق المتعلق

---

(١) المهذب ٢/ ٣٢٤ وعيون الأزهار ص ٤٣٧ .

(٢) انظر مجموعة القوانين الإسلامية ص ١٢٠ ، ٣٢١.

بالشهود حيث لم يترك أمره لطلبهم فقط بل راعاه مقدما وحافظ عليه عندما أباح للمحكمة أن تقدر المال اللازم لنفقات الشهود وتلزم الخصم بأن يضعه تحت تصرف الشهود فى المحكمة أمانة يدفع منها المال اللازم الذى يحكم به الحاكم للشهود بعد حضورهم وطلبهم ذلك. فقد نصت (المادة ٩٦) على أن: «تقدر المحكمة أمانة (عدال للشهود ويؤديها الخصم الذى يستدعيهم، تصرف لهم منها نفقاتهم المقررة طبقا للمادة (٩٥) من القانون»[١].

(١) المرجع السابق ص ١٢٢، ٢٢٣.

المبحث الثانى
أركان الشهادة وشروطها

أركان الشـــهادة :

وأركان الشهادة خمسة عند جمهور الفقهاء هى :

١ ـ شـاهد .

٢ ـ مشهود له .

٣ ـ مشهود عليه .

٤ ـ مشهود به .

٥ ـ صـــيغة .

وتستخلص هذه الأركان فى قانون الإثبات رقم ٩٠ لسنة ٧٦ من المادة (٤٦) التى عرفت الشهادة بأنها : «إخبار فى مجلس القضاء من شخص بلفظ الشهادة لإثبات حق لغيره على غيره» .

شروط الشهادة :

لا قيمة للشهادة فى إثبات الحقوق والواجبات إلا إذا كانت صحيحة متفقة مع قصد الشارع وإرادته، وذلك يتطلب شروط صحة الماهية والحقيقة . ولما كانت الأركان هى التى تكون الماهية . فإن الأمر يتطلب شروط صحة هذه الأركان جميعها ليمكن الحكم بأن الشهادة صحيحة شرعا وملزمة من حيث ما يترتب عليها من آثار شرعية فى مجال الحقوق والواجبات .

هذا وقد تعرض قانون الإثبات رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٦ لبيان الشهادة وأحكامها في الفصول الأول، والثاني والثالث والرابع من الباب الثاني من القانون ضمن المواد ٤٦ ـ ٩٨ إثبات.

وقد بينت مواد الفصل الأول (٤٦ ـ ٧٠) الشهادة وأحكامها. وجاءت مواد الفصل الثاني (٧١ ـ٧٣) في أحكام الرجوع عن الشهادة، ومواد الفصل الثالث (٧٤ـ٧٧) في الجرح والتعديل. ثم جاءت مواد الفصل الرابع (٧٨ ـ ٩٨) في الإجراءات الخاصة بالشهادة.

وسوف نتعرض لبيان أحكام هذه المواد جميعها الخاصة بالباب الثاني ضمن كلامنا عن الشهادة وأحكامها في الفقه الإسلامي مشيرين إلى كل مادة عند الحاجة إليها في مكانها المناسب.

شروط الشاهد:

يشترط في الشاهد الذي يتحمل الشهادة ويجب الأخذ بها أو الحكم بمقتضاها أن يكون مكلفا عدلا قادرا على تحمل الشهادة وأدائها (مادة ٤٧) إثبات يمني، ولا يتحقق التكليف إلا بتوافر البلوغ والعقل والاختيار مادة (٤٧ فقرة ١). والعدالة تتحقق في الشخص بالصلاح الظاهر وعدم الطعن عليها بما ينفيها من إثبات أنه مجروح فيها أو حكم عليه في حد (مادة ٤٧ فقرتين ٣، ٤) والقدرة على التحمل والأداء يمكن تحققها بمعاينة الشاهد المشهود عليه بنفسه فيما لا يقبل السمع أو باللمس أو بالشهرة (مادة ٤٧ فقرة ٢) ودليل التكليف قول الله سبحانه وتعالى: ﴿ **وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ** ﴾[1]. وتصح شهادة المرأة لأنها مكلفة في باب الشهادة بلا خلاف بين الفقهاء بنص هذه الآية.

وشروط العدالة عند جمهور الفقهاء هي الإسلام إذا كانت الشهادة على مسلم (مادة ٤٧ فقرة ١) واجتناب الكبائر، وعدم الإصرار على الصغائر، والمروءة والبعد

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

عن التهمة[1] (مادة ٤٧ فقرة ٤) وذلك لقوله تعالى: ﴿ **وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ** ﴾[2] وقوله سبحانه: ﴿ **وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً** ﴾[3] ولقوله تعالى في شأن مرتكبي الكبائر: ﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ** ﴾ [**النور**: ٤]. وقوله سبحانه: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا** ﴾ [**الحجرات**: ٦].

ولقوله - ﷺ - فيما رواه معاذ عن النبي - ﷺ -: «لا تجوز شهادة أهل دين على أهل دين آخر إلا المسلمين، فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم»[4] لأنه إذا لم تقبل شهادة من يشهد بالزور على الآدمي؛ فلأن لا تقبل شهادة من شهد بالزور على الله تعالى أولى. ولقوله - ﷺ -: «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية، ولا ذي غمر على أخيه[5]. ويقاس على ما ورد في الحديث ما لم يرد من الكبائر.

وإنما منعت شهادة مرتكب الكبيرة لأنه إذا ارتكب الكبيرة لم يبال بالشهادة ولم يتورع عن شهادة الزور.

والمروءة هي الإنسانية، والمراد بها الحياء وفعل المحاسن والمكارم التي يعتبرها الناس، والبعد عن المساوىء والقبائح التي لا يرضى عنها أصحاب الفضائل والعقول. وعلى كل، فإن المروءة تختلف من زمن إلى زمن ومن بلد إلى بلد، ولهذا يرجع في أمور المروءة إلى العرف السليم بما لا يتعارض مع نص صريح أو إجماع[6].

---

(١) أصول المرافعات الشرعية ٧٢٧ وما بعدها. والمغني ٩/ ١٦٤ وما بعدها والاختيار ٢/ ١٩٦ وما بعدها، والسراج ٦٠٨ وما بعدها والبحر الزخار ٦/ ١٦ وما بعدها، والمحلى ١٠/ ٥٦٤ وما بعدها وحاشية الدسوقي ٤/ ١٦٤ وما بعدها.

(٢) سورة الطلاق: ٢.

(٣) سورة النساء: ١٤١.

(٤) المهذب ٢/ ٣٢٤.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق.

وإنما اعتبرت المروءة من شروط العدالة لأن من لا مروءة له لا حياء له ومن لا حياء له استباح أى شىء ولم يتورع عن الكذب فى سبيل ذلك، لقوله - ﷺ -: إذا لم تستح فاصنع ما شئت»[1].

والبعد عن التهمة (مادة ٤٧ فقرة ٤) شرط فى قبول الشهادة وصحتها عند الجمهور من الفقهاء، والتهمة تتحقق إن كانت الشهادة تجلب للشاهد نفعا أو تدفع عنه ضررا، وذلك لقوله - ﷺ - : «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى أحنة»[2]. والظنين هو المتهم الجار لنفسه نفعا والدافع عنها ضررا والأحنة العداوة. ولقوله سبحانه وتعالى: ﴿ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى أن لا ترتابوا﴾ والبينة حاصلة بالتهم[3]. بما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه كتب إلى أبى موسى الأشعرى قاضيه: «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجربا عليه شهادة زور أو مجلودا فى حد أو ظنينا فى ولاء أو قرابة»[4].

شهادة غير المكلف:

وبناء على ما سبق، فإنه لا تقبل شهادة غير مكلف من صبى ولو كان مميزا ولا من مجنون لحديث رفع التكليف عنهما. ولأنهما إذا كانا لم يؤتمنا شرعا على أموالهما فلأن لا يؤتمنان على حفظ حقوق غيرهما أولى، أما المجنون والصبى غير المميز فلا خلاف لأحد فى عدم صحة شهادتيهما، وكذا الصبى المميز إن كانت شهادته على بالغ، وإن صح اعتبارها قرينة فى الإثبات، وبهذا أخذ قانون الإثبات اليمنى فى (المادة ٥٢) حيث نصت على أن «الطفل المميز غير أهل للشهادة ولكن تسمع أقواله فيما شاهده كقرينة».

---

(١) المرجع السابق ومغنى المحتاج ٤/ ٤٢٧.

(٢) رواه الحاكم، وانظر مغنى المحتاج ٤/ ٤٢٧، وذو الأحنة الحاقد المضمر للعداوة، وانظر المصباح ١/ ٥ مادة «أحن».

(٣) المرجع السابق.

(٤) المحلى ١٠/ ٥٦٥.

أما شهادة الصبى على صبى مثله فقد حصل فيها خلاف بين الفقهاء الجمهور بعدم اعتبارها، وهم الزيدية والحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية ومعهم مكحول وسفيان الثورى، وابن شبرمة وإسحاق بن راهويه، وأبو عبيدة وأبو سليمان، والشعبى، وابن سيرين، والحسن البصرى، وعطاء وقد روى ذلك عن عمر، وعثمان وابن عباس رضى الله عنهم. فقد روى عن عمر وعثمان فى الصغير يشهد فترد شهادته، ثم يبلغ فيشهد بتلك الشهادة أنها لا تقبل. كما صح عن ابن عباس رضى الله عنه قوله: «لا تقبل شهادة الصبيان فى شىء» كما روى عن الحسن قوله: «لا تقبل شهادة الغلمان على الغلمان»[1].

وقد أجاز فريق من العلماء شهادة الصبيان بعضهم على بعض، وقد استند هذا الفريق إلى أن تلك الإجازة رويت عن على بن أبى طالب والزبير ومعاوية، والشعبى ومسروق، وابن المسيب، والزهرى، وعمر بن عبدالعزيز وربيعة وشريح وعطاء، وإبراهيم النخعى وابن أبى ليلى، ومالك[2].

وحجة الجمهور النص من القرآن والسنة. أما القرآن فقوله تعالى: ﴿واشهدو ذوى عدل منكم﴾ وقوله تعالى: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ وليس الصبيان ذوى عدل ولا نرضاهم. وأما السنة فهو حديث رفع التكليف عن ثلاثة منهم الصبى حتى يبلغ بدليل قوله تعالى: ﴿شهيدين من رجالكم﴾ والصبى ليس برجل. أما ما روى من جواز شهادته فإن ذلك محمول على إمضاء التأديب لا الحكم[3]».

هذا وقد أخذ قانون الإثبات اليمنى بمبدأ جواز وقبول شهادة الصبيان بعضهم على بعض فيما يحدث بينهم، بشرط ألا يختلطوا بغيرهم من الكبار البالغين قبل أدائهم لما يحملون من شهادة، مع غلبة الظن لصدقهم (مادة ٥٣)[4]. أما قانون الإثبات المصرى رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ فقد سار على مذهب الجمهور ولم يتجه

---

(١) السراج ص ٦٠٣، والمنهج ص ٢٥٦، والبينة ص ١٥٣، والبحر الزخار ٦/ ٢١ والمحلى ١٠/ ٦١٤ وما بعدها. ومغنى المحتاج ٤/ ٤٢٧ والمغنى لابن قدامة ٩/ ١٦٤ ومجمع الأنهر ٢/ ١٩٦، وأصول المرافعات ص ٧٣٠، ٧٣١.

(٢) المحلى ١٠/ ٦١٣ وما بعدها.

(٣) البحر الزخار ٦/ ٢١، والمحلى ١٠/ ٦١٧.

(٤) مجموعة القوانين الإسلامية ص ١١٦.

الاتجاه الذى اتجه إليه المقنن اليمنى، لأن القانون المصرى لا يعتبر الشخص أهلا للشهادة قبل بلوغه من السن خمس عشرة سنة كاملة، وهى سن البلوغ بغير الاحتلام أو القدرة على الإنجاب عند جمهور الفقهاء وإن أجاز القانون أن تسمع أقوال من لم يبلغ هذه السن بغير يمين على سبيل الاستدلال (مادة ٦٤) أى الاستئناء والقرينة لا الدليل الملزم. والعبرة بسن الشاهد وقت الإدلاء بشهادته لا وقت حصول الواقعة التى يشهد عليها الشاهد (مادة ٤٨ إثبات) ولا خلاف فى ذلك عند أحد من جمهور الفقهاء(١).

شهادة المعتوه:

وكل معتو، وهو من نقص عقله من غير جنون أو مغفل، وهو الذى يكثر منه الغلط دائما أو غالبا لا تقبل شهادته. لأن الأول غير مكلف كالمجنون، والثانى لا يؤتمن لكثرة غلطه، وغلطه فى الشهادة يضيع الحق على المشهود عليه أو يغيره. أما من يقل منه الغلط، فإنه تقبل شهادته لأن أحدا منا لا ينفك عن الغلط لأنه من طبيعة البشر(٢).

شهادة الأخرس:

وفى قبول شهادة الأخرس خلاف على قولين، أحدهما: لا تقبل شهادته لأن الشهادة لا تعرف على حقيقتها إلا بالكلام ممن يتحملها، والكلام يفهمه الجميع ولا تقوم الإشارة من الأخرس مقام العبارة، ولهذا فلا تقبل إشارته إلا فى حالة الضرورة، كما فى النكاح والطلاق لأنها لا تستفاد إلا من جهته، ولا ضرورة بنا إلى شهادته لأنها تصح من غيره بالنطق(٣). والقول الثانى: تقبل شهادة الأخرس لأن إشارته فى حق نفسه كعبارة الناطق فى نكاحه وطلاقه بلا خلاف، فكذلك

---

(١) أصول المرافعات الشرعية ص ٧٣٩ والاختيار ٢/ ٢٠٣، والمغنى ٩/ ٢٠٣، والسراج ص ٦١٣، والبحر الزخار ٦/ ٢٣ وحاشية الدسوقى ٤/ ١٧٣.

(٢) المنهاج والسراج ص ٦٠٣ وما بعدها.

(٣) أصول المرافعات الشرعية ص ٧٣١.

تكون فى الشهادة لأنها قد لا تعرف إلا من جهته إذا لم يكن غيره قد تحملها معه، ويمكن معرفتها بسهولة عن طريق أهل الخبرة فى ذلك لأننا لو لم نأخذ بها فى جميع الحالات لضاعت حقوق على أصحابها ولا تجوز الشريعة ذلك إذا أمكن عدم ضياعها بأى وسيلة يمكن عن طريقها معرفة الحق وإظهاره[1]. وقد أخذ بهذا القول قانون الإثبات اليمنى لأن المادة (٨٦) قضت بأن من لا قدرة له على الكلام يؤدى الشهادة إذا أمكن أن يبين مراده بالكتابة فيما يجوز فيه ذلك. ومع أن المادة لم تبين حكم شهادة الأخرس صراحة إلا أنه يستفاد منها ضمنا لأن عدم القدرة على الكلام يشمل الأخرس وغيره. أما التقييد بالكتابة فإنه لا يمنع أن يكون بيان الشهادة بالإشارة لأن الكتابة لا خلاف فيها بين جمهور الفقهاء. ولأن القانون أجاز للخبرة أن تكون من وسائل الإثبات ويمكن التغلب على فهم إشارة الأخرس بأهل الخبرة عند الحاجة:

شهادة الأعمى:

وإذا كانت الشهادة على فعل كزنا أو غصب أو إتلاف أو ولادة وما شابه ذلك فيشترط لتحملها الإبصار لا السمع، ولهذا تصح من أصم ولا تصح من أعمى. حتى ولو كان بصيرا وقت التحمل عند بعض الفقهاء كأبى حنيفة ومحمد. ولكن البعض الآخر ومنهم أبو يوسف من الأحناف والشافعية والزيدية تصح شهادة الأعمى متى كان مبصرا وقت تحمله بالشهادة[2]. وأما الظاهرية[3] ومالك والليث بن سعد والإمام أحمد بن حنبل فإنهم يصححون شهادة الأعمى فى الأقوال مطلقا من غير شرط أن يرى الشاهد أصحاب الأقوال وقت التحمل بالشهادة حيث إنه يكفى السماع لأن الشهادة على القول لا على الفعل، وهم يتفقون مع الجمهور على أن ما يحتاج إلى رؤية كالفعل لابد من الرؤية معه فى الشهادة[4].

---

(١) التنبيه ص ١٥٣.

(٢) أصول المرافعات الشرعية ص ٧٣١ والمرجع السابق ومغنى المحتاج ٤/ ٤٤٥ والبحر الزخار ٦/ ٣٧

(٣) المحلى ١٠/ ٦٣٧ وما بعدها.

(٤) المغنى ٩/ ٥٨ وما بعدها والمرجع السابق وحاشية الدسوقى ٤/ ١٦٧.

هذا وقد أخذ قانون الإثبات الشرعى اليمنى بقول الزيدية والشافعية ومن وافقهم، وهو بطلان شهادة الأعمى فيما يحتاج إلى مشاهدة وبصر وقت التحمل حتى، ولو كان ذلك فى الأقوال لتشابه الأصوات فى بعض الأحيان. حيث نصت (المادة ٥٠) على أنه: «لا تقبل شهادة الأعمى فيما يحتاج إثباته إلى الرؤية»[١].

وقد صحح النووى من الشافعية قبول شهادة الأعمى وقت التحمل بالأقوال فى حالة ما إذا أقر المشهود عليه فى أذن الأعمى بقول يتعلق به حق لآخر فتعلق الأعمى بهذا المقر وأمسك به ولم يتركه إلا بعد أداء الشهادة، كما سمعها عند القاضى أو المحقق. وقال النووى بأن ذلك يمكن تحقيقه.

وتصح الشهادة بالتسامح مع الشهرة فى الموت والنسب للضرورة ولو مع أعمى، وعليه لو تحمل الشهادة وهو بصير ثم عمى الشاهد قبل أداء الشهادة صحت شهادته إن كان المشهود له وعليه معروفى الاسم والنسب بلا خلاف فيقول الشاهد: أشهد أن فلان ابن فلان أقر لفلان ابن فلان بكذا، أو باع له كذا أو اشترى منه كذا أو عقد معه عقد كذا[٢].

شهادة الفاسق:

ويشترط فى الشاهد الذى تقبل شهادته ألا يكون فاسقا، لأن الفسق يمنع العدالة عن الشاهد، والعدالة شرط أساسى فى صحة الشهادة وقبولها، وذلك أخذا من النص التشريعى القرآنى فى قوله تعالى فى شأن الفسق مع ارتكاب الكبائر، لأن القرآن حكم على مرتكبيها بالفسق بدليل قوله سبحانه فى مرتكبى جريمة القذف ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾[٣] وقوله سبحانه: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَىٰ مَا

---

(١) مجموعة القوانين الإسلامية ص ١١٦.

(٢) المنهاج مع السراج ص ٦٠٨ وما بعدها.

(٣) سورة النور: ٤.

فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾[1] والكبيرة هى فعل كل ما يوجب الحد، وذلك يشمل القتل العمد والسرقة والزنا والقذف وشرب الخمر، وسواء فعل الشخص ذلك مرة واحدة أو تكرر منه ذلك الفعل بدليل الآية السابقة ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ وقوله - ﷺ - : «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذى غمر على أخيه». ويقاس على ذلك بقية الكبائر»[2].

وإنما منعت شهادة مرتكب الكبيرة وسمى فاسقا، لأنه إذا ارتكب الكبيرة لم يبال بالشهادة ولم يتورع عن شهادة الزور فلذلك منع منها. وحكم الإصرار على الصغائر هو حكم الكبائر حيث لا تقبل شهادة مُصرٍّ على إتيان الصغائر وارتكابها لأنه يعتبر فى حكم الفاسق، والفاسق لا تقبل شهادته. وأما مرتكب الصغير من الذنوب النادر فى أفعاله فتقبل شهادته لتعذر بعد الإنسان عن كل الصغائر وتمحضه للطاعة مطلقا؛ لأن ذلك من صفات الملائكة لا من صفات البشر إلا من عصم الله.

ولا خلاف بين أحد من الفقهاء فى عدالة الشاهد وعدم فسقه، والعبرة بعدم تحقق الفسق أو بالعدالة هو وقت الأداء لا وقت التحمل بالشهادة[3].

هذا وقد نص القانون اليمنى على شرط تحقق العدالة وعدم الفسق فى (المادة ٤٧) فقرة ١ ، ٣ إثبات.

المتهم فى شهادته لا تقبل شهادته:

ويشترط فى الشاهد الذى تقبل شهادته ألا يكون متهما فى شهادته طبقا لمذهب الجمهور من الفقهاء. وتتحقق التهمة بالخصومة أو العداوة أو بجلب منفعة أو دفع مضرة للشاهد. وقد أخذ بذلك قانون الإثبات الشرعى اليمنى ونص على ذلك صراحة فى (المادة ٤٧) فقرات ٤ ، ٥ ، ٦. فالفقرة الرابعة تشترط فى الشاهد ألا يجر لنفسه نفعا أو يدفع عنها ضررا. والفقرة الخامسة تشترط فيه أن لا يشهد الشاهد

---

(١) سورة الحجرات: ٦.
(٢) المهذب ٢/ ٣٢٤ والبحر الزخار ٦/ ٢٥ والمحلى ١٠/ ٥٦٤ وما بعدها.
(٣) المراجع السابقة.

على نفسه . وبناء على ذلك لا تقبل شهادة الآباء للأبناء ولا شهادة الأبناء للآباء ، ولا شهادة العدو على عدوه ولا الخصم على خصمه ، ولا شهادة الوصى أو الوكيل للموصى عليه أو الأصيل ولا شهادة أحد الزوجين للآخر ، ولا شهادة السفيه لمدينه المحجور عليه بالفلس ، وهذا هو رأى الجمهور من الفقهاء . أما الظاهرية[1] فقد خالفوا الجمهور وصححوا شهادة الجميع فيما سبق إلا العدو إذا أخرجته العداوة إلى الإجحاف وبقول الجمهور أخذ قانون الإثبات اليمنى (مادة ٤٧) .

أما سبب رد شهادة الآباء للأبناد أو العكس فحديث : «لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم»[2] وحديث «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى أحنة»[3] والشهادة إذا تضمنت معنى النفع والدفع فتكون فيها تهمة ، وذلك لأن مال كل منهما ونفسه مال للآخر لقوله - ﷺ - للرجل : «أنت ومالك لأبيك» ولأن الولد جزء من أبيه وبضعة منه لقوله - ﷺ - : «يا عائشة إن فاطمة بضعة منى يريبنى ما يريبها»[4] فالاتهام بهذه الشهادة إذن حاصل لوجود الميل الطبيعى بينهما والتهمة تمنع الشهادة لقوله - ﷺ - فى حديث من لا تقبل شهادته : «ولا ظنين ولا ذى أحنة» والظنين هو المتهم[5] .

وأما الشهادة عليهما فمقبولة فى جميع الحقوق سواء كانت لله أو للآدمى لانتقاء التهمة فى هذه الشهادة ، إلا من الولد على والده بحد أو قصاص لوجود التهمة من جديد . أما بقية الأقارب عدا الوالدين والأبناء كالعم والأخ وغيرهما فتقبل شهادة بعضهم لبعض كما تقبل عليهم لأنه لم يجعل نفس أحدهما كنفس الآخر ولا ماله كماله فى المنفعة[6] .

ولا تقبل شهادة العدو على عدوه عند الجمهور لأنه خصم والخصومة قد تدفع

---

(١) المحلى ١٠/ ٦٠٥ وما بعدها.

٢) بدائع الصنائع ٩/ ٤٠٢٧ .

٣) الحديث رواه بن عمر ، وانظر المهذب ٢/ ٣٣٠ ، والبحر ٦/ ٣٣.

المرجع السابق.

المصباح المنير ٢/ ١٦ مادة «ظن» وفى هذا ورد قوله تعالى ﴿وما هو على الغيب بضنين﴾ أى بمتهم .

لهذب ٢/ ٢٣٠ ، وبدائع الصنائع ٩/ ٢٧, ٤ ، والبحر ٦/ ٣٦.

إلى الميل والانحياز[١] فاتهم الخصم بميله فى الشهادة ولذا ترد شهادته لقوله - ﷺ -: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى أخنة» وذو الأخنة هو العدو . أما شهادة أحدهما للآخر فتقبل لاختفاء التهمة فى ذلك[٢] .

كما لا تقبل شهادة الغريم لمدينه المحجور عليه بالفلس لوجود التهمة ، لأن حقه يتعلق بما يثبت للمحجور عليه من حقوق ، فهو إذن يجر لنفسه نفعا بشهادته ولا شهادة لمن يجر لنفسه مغنما أو يدفع عن نفسه مغرما لقوله - ﷺ -: «لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم»[٣] ولأنه إذا جر النفع إلى نفسه بشهادته لم تقع شهادته لله تعالى ، بل تقع لنفسه وشهادة الشخص على فعل نفسه لا تقبل بلا خلاف إن كانت تدفع عنه ضررا أو تجلب له مغنما ، أما إن كانت تجلب له ضررا فتقبل لأنها فى هذه الحالة تكون إقرارا بحق لغيره على نفسه فتنفى عنه التهمة وتقبل شهادته على نفسه «أى إقراره» .

فإن شهد الدائن مع مدينه المعسر قبل الحجر عليه فى حق له ، ففى قبول شهادته خلاف على وجهين : أحدهما . لا تقبل لأنه يثبت للشاهد حق المطالبة بمقتضى دينه الثابت الذى لم يوف بعد فتوجد التهمة . ولا تقبل شهادة المتهم لما سبق[٤] . والثانى : تقبل شهادة الدائن لمدينه المعسر قبل الحجر عليه ، لأنه لا يتعلق بما يشهد به حق له لانتقاء الحجر ، وإذا انتفى الحجر انتقمت التهمة[٥] .

كما لا تقبل شهادة الوصى والوكيل إذا شهد الوصى للموصى عليه والوكيل للموكل فيما فوض النظر فيه إلى كل منهما لأنهما يثبتان لنفسيهما حق المطالبة والتصرف ، وهذه تهمة لا تقبل معها الشهادة[٦] .

---

(١) فقد جاء فى كتب اللغة خصم الرجل من باب تعب إذا أحكم الخصومة ، وأخصمه من باب قتل إذا غلبته فى الخصومة . واختصم القوم خاصم بعضهم بعضا ، (المصباح مادة «خصم» ١/ ٧٩) .

(٢) المهذب ٢/ ٣٣٠ .

(٣) البدائع ٩/ ٤٠٢٧ ، والبحر ٦/ ٣٣ ، ٣٤ .

(٤) المهذب ٢/ ٣٣٠ ، والمغنى ٩/ ١٨٧ ، ١٨٨ ، وحاشية الدسوقى ٤/ ١٧٦ ، وأصول المرافعات الشرعية ص ٧٣١ .

(٥) المهذب ٢/ ٣٣٠ .

(٦) البدائع ٩/ ٤٤٣٨ ، ومغنى المحتاج ٤/ ٤٢٣ ، المغنى ٩/ ١٨٤ .

فإن كان الوكيل معزولا من الوكالة قبل الشهادة وكان الحق المشهود عليه يتعلق بما قبل العزل وكان له فى ذلك يد الإنسان بالوكالة فلا تقبل شهادته إن كان قد خاصم فيه بنفسه لوجود التهمة . فإن لم يكن قد خاصم فيه بل الذى خاصم هو الموكل بعد أن عزله فوجهان فى قبول الشهادة .

أحدهما : تقبل لانتفاء التهمة عند الشهادة . والثانى : لا تقبل لأن الشاهد بعقد الوكالة قبل العزل يملك الخصومة عن الحق المشهود عليه من حيث الجملة ، وقد لا يعرف المشهود عليه العزل من الوكالة فتبقى التهمة وترد الشهادة[(١)] .

وكذا لا تقبل شهادة لشريكه فيما هو من شركتهما لأنه يكون شاهدا لنفسه فى البعض ، ولا شهادة الأجير لمستأجره ، ولا الخادم لمخدومه ، ولا شهادة التلميذ الخاص لمعلمه ، ولا شهادة الصديق لصديقه إذا كانت الصداقة بينهما متناهية ، لقوله - ﷺ -: «لا تقبل شهادة العبد لسيده ولا الولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره» . ولوجود التهمة فى الباقين[(٢)] . إلا أن البعض قد صحح شهادة الصديق لصديقه كما تقبل من الأخ لأخيه ومن بقية الحواشى بعضهم لبعض[(٣)] .

وفى شهادة الزوجين لبعضهما خلاف على قولين : أحدهما : لا تقبل شهادة أحدهما للآخر وهو قول النخعى ومالك وأبى حنيفة وأحمد بن حنبل وقول فى مذهب الزيدية لوجود الميل بينهما ، ولأن كل واحد منهما يبسط فى مال صاحبه بدليل قوله سبحانه : ﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ ﴾[(٤)] حيث إن البيوت فى الأغلب للأزواج ، ومع ذلك أضيفت إليهن باعتبار أن بيت الزوج هو بيتها فكان ملكه ملكها ولأنها ترثه ويرثها فوجدت التهمة التى تمنع من الشهادة كالابن مع أبيه أو الأب مع ابنه لأن يسار الرجل يزيد نفقة امرأته ويسار المرأة تزيد به قيمة بضعها المملوك لزوجها ، فكان كل واحد منهما ينتفع بشهادته لصاحبه فلم تقبل كشهادته لنفسه ، ويحقق هذان مال كل واحد منهما يضاف إلى الآخر للآية السابقة ولقوله

---

(١) المهذب ٢/ ٣٢٩.

(٢) أصول المرافعات الشرعية ص ٧٣١، البحر ٦/ ٣٤، والمغنى ٩/ ١٨٧ ، ١٨٨ .

(٣) مغنى المحتاج ٤/ ٤٣٥ ، ١٩٣ والبحر الزخار ٦/ ٣٦ . «٥ نظرية الدعوى والإثبات»

(٤) سورة الأحزاب : ٣٣.

تعالى: ﴿لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ [1] وهى بيوت الأزواج فى الغالب، ولما روى من أن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - قال للذى قال له إن غلامى سرق مرآة امرأتى: «لا قطع عليه عندكم سرق مالكم»[2].

والقول الآخر: تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر وهو مذهب الزيدية والظاهرية والشافعية وأبى ثور ورواية أخرى عن أحمد، وذلك لأن النكاح سبب لا يعتق به أحدهما على الآخر بالملك، فصار كسائر القرابة التى تقبل شهاداتهم لبعضهم كابن العم. ويستثنى من ذلك شهادة الزوج على زوجته فى الزنا لأن شهادته دعوى خيانة فى حقه، حيث لا تقبل منه لاتهامه فيها، كما لا تقبل شهادة المودع على المودع عنده بالخيانة فى الوديعة، ولأنه خصم له فيما يشهد به، وقد سبق أن دللنا على أن شهادة الخصم لا تقبل على خصمه[3].

شروط المشهود به:

والشروط التى يجب توافرها فى الحق للشهود به عند الفقهاء هى أن يكون هذا الحق معلوما للشاهد علما نافيا للجهالة وقت التحمل وذاكرا له وقت الأداء. وعلى ذلك لا تصح الشهادة إلا إذا وضح الشاهد للقاضى صاحب الحق ومن عليه الحق، ونفس الحق المشهود به طبقا لما عرفه وقت التحمل بالشهادة، فإن كانت شهادة الشاهد على حاضر بعين حاضره، وجب عليه أن يشير إلى ثلاثة أشياء حتى تصح شهادته وتقبل هى: المدعى والمدعى عليه والعين المدعاة، لأن الغرض التعريف، والإشارة أقوى سبل التعريف، وعند ذلك لا يلزم الشاهد أن يؤكد اسم المدعى أو المدعى عليه ولا نسبهما، لأنه لا يحتاج مع الإشارة إلى شىء آخر[4].

وإن كانت الشهادة على غائب أو ميت أو من سماع وجب ذكر ما يؤدى إلى التعريف به بذكر اسمه ونسبه، ووصفه للحق المشهود به وصفا يتأكد منه علم

(١) سورة الطلاق: ١ . .
(٢) المغنى ٩/ ١٩٣، والبحر ٦/ ٣٦، والاختيار ٢/ ٢٠٤، والبدائع ٩/ ٤٠٣٧ .
(٣) المهذب ٢/ ٣٣، والمغنى ٩/ ١٩٣، والبحر ٦/ ٣٦، والمحلى ١٠ . . ٦٠٩، والتنبيه ص ١٥٣ .
(٤) البدائع ٩/ ٤٠٣٩ .

الشاهد ومعرفة الحقيقة لما يشهد به . فإن جهل ذلك لم تصح الشهادة ومن أجل ذلك وجب أن يكون الشاهد عالما بالمدعى والمدعى عليه باسميهما ونسبهما اللذين تتصل بهما وقائع الشهادة موضوع التحقيق[١] وشرط التسامع عند الشهادة بذلك أن يكون الشاهد قد سمع من جمع يؤمن تواطؤهم على الكذب، وقيل يكفى عدلان والشهادة بالتسامع تصح فى النسب والموت، والوقف، والنكاح والملك[٢] ولا تجوز الشهادة على ملك بمجرد وضع اليد، ولا بوجوده فى اليد، ولا يتصرف فى مدة قصيرة بلا خلاف وكذا طويلة على قول صحيح فى المذهب الشافعى[٣]. والأصح عند الشافعية أن الشهادة على ملكية الحق. ومن خلال التصرف فيه لمدة طويلة صحيحة ومقبولة بشرط أن يكون هذا التصرف فى العقار تصرف ملاك فى أملاكهم من هدم وبناء وبيع ورهن وخلافه، ولا يشترط اجتماع هذه الأمور بل واحد منها كاف إذا تكرر[٤].

وتبنى شهادة الإعسار على قرائن الأحوال ومظان الضرر وسوء الأحوال وذهاب الأموال أو هلاكها إذ لا يتوصل فى الإعسار غالبا باليقين، ولهذا اكتفى بقرائن الأحوال. ولا يثبت الدين بالاستفاضة[٥].

شروط المشهود به فى قانون الإثبات اليمنى:

هذا وقد تعرض قانون الإثبات اليمنى لشروط المشهود به ضمن شروط الشاهد فى المادة (٤٧) الفقرتين الثانية والسابعة، حيث نصت الفقرة الثانية على «أن يكون الشاهد قد عاين المشهود به بنفسه إلا فيما يثبت بالسمع أو اللمس ويستثنى أيضا النسب والموت والدخول بالزوجة وأصل الوقف، فإنه يجوز إثباتها بالشهرة» كما نصت الفقرة السابعة على أن يكون الشاهد عالما بالمشهود به ذاكرا له وقت الأداء»[٦].

---

(١) لقوله للشاهد: «إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع».

(٢) المرجع السابق والسراج ص ٦٠٩ والبحر الزخار ٦/ ١٩.

(٣) السراج ص ٦١٠. (٤) المرجع السابق.

(٥) أصول المرافعات ص ٧٣٤ والمرجع السابق، والبحر ٦/ ٢٠.

(٦) مجموعة القوانين الإسلامية ص ١١٥.

شروط الصيغة :

يشترط فى صيغة الشهادة أن تتضمن أركان الشهادة من حيث التصريح بذكر المشهود به وعليه، وصاحب الحق الذى يشهد به وأن تكون الشهادة موافقة لدعوى المدعى فيما يدعيه ويطلب شهادة الشاهد عليه فيما يشترط فيه إقامة الدعوى، فإن خالفت الشهادة الدعوى، فإنها لا تقبل إلا إذا وفق المدعى بين الدعوى وبين الشهادة عند إمكان التوفيق؛ لأن الشهادة إذا خالفت الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى وتعذر التوفيق انفردت عن الدعوى، والشهادة المنفردة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى غير مقبولة[1].

وجمهور الفقهاء يشترطون فى صيغة الشهادة أن تكون بلفظ أشهد بكذا أو على كذا، فإن كانت بغير ذلك لم تصح حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتحقق أو أتيقن أو أعرف حيث لا يعتد بذلك عند الجمهور ولا تقبل الشهادة إلا بلفظ أشهد؛ لأن الشهادة مصدر يشهد شهادة فلابد من الإثبات بفعلها المشتق منها عندهم، ولأن فيها معنى لا يحمل فى غيرها من اللفظات بدليل أنها تستعمل فى اليمين[2].

وقال الإمام ابن حزم لا يشترط أن تكون الشهادة بلفظ أشهد، بل تصح بكل لفظ يدل على تحقق الشاهد من المشهود عليه، وعليه لو قال الشاهد أنا أشهد بكذا أو أنا أخبر بكذا. أو أنا أقول بكذا أو أنا أعلم القاضى بكذا، فكله سواء فى صيغة الشهادة من حيث القبول والصحة، وذلك لأنه لم يأت قرآن ولا سنة ولا قول صاحب ولا قياس ولا معقول بالفرق بين لفظ ولفظ مما سبق فى الشهادة[3]. وليس معنى أن القرآن والسنة قد أوردا لفظ الشهادة عدم قبول لفظ غيرها لأن لفظ غير الشهادة ورد فى القرآن وأريد به الشهادة كقوله تعالى: ﴿إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ حيث أراد بالنبأ الشهادة، فصح أن كل شهادة نبأ، وكل نبأ شهادة وكلاهما خبر[4].

---

(١) البدائع ٩/ ٤٠٣٩، وأصول المرافعات ص ٧٣٢.

(٢) المغنى ٩/ ٢١٦، ٢١٧، والبحر ٦/ ٢٠، والبدائع ٩/ ٤٠٣٩. والاختيار ٢/ ٢١٠.

(٣) المحلى ١٠/ ٦٤٠ وما بعدها.

(٤) المرجع السابق.

شروط الصيغة فى قانون الإثبات اليمنى :

هذا وقد أخذ قانون الإثبات الشرعى اليمنى بقول جمهور الفقهاء حيث اشترط فى صيغة الشهادة أن تؤدى بلفظ الشهادة (المادتان ٤٦ ، ٦٢ فقرة ٢) فقد قالت المادة (٤٦) الشهادة إخبار فى مجلس القضاء من شخص بلفظ الشهادة لإثبات حق لغيره على غيره . كما اشترطت المادة ٦٢ لأداء الشهادة أن تكون فى مجلس القضاء فى حضور المشهود عليه أو وكيله . وأن تؤدى بلفظ «أشهد» وأن تتقدمها دعوى شاملة لها ، وأن لا تكون بالنفى الصرف وأن لا يكذبها الواقع(١) .

---

(١) مجموعة القوانين الإسلامية ص ١١٥ ، ١١٧ .

المبحث الثالث
أنواع الشهادة ونصابها

أنواع الشهادة :

عَدَّدَ فقهاء الشريعة الإسلامية أنواع الشهادة وحصروها فيما يلى :

١ ـ الشهادة الأصلية ، وهى تلك التى بموجبها يشهد الشاهد بما عاينه بالعين أو بالسماع بنفسه .

٢ ـ الشهادة الفرعية وهى الشهادة على الشهادة وتسمى (الإرعاء» .

٣ ـ شهادة التسامح وهى التى تقوم فيها الشهرة مقام المعاينة .

٤ ـ شهادة التواتر ، وهى خبر جماعة يقع العلم بخبرهم ولا يتصور اتفاقهم على الكذب ، والتواتر حجة فى النفى والإثبات لأنه يفيد القطع واليقين[1] .

٥ ـ شهادة الاستكشافات وهى الإخبار من المخبر لمجرد الاستعلام واستطلاع للرأى كإخبار أهل الخبرة والمترجم والمزكى[2] .

نصاب الشهادة :

ونصاب الشهادة يتحدد حسب نوع الحق المشهود به الذى يتحمله الشاهد ، وهو إما أن يكون حقا لله أو حقا للأفراد أو حقا مشتركا . وهو فى كل . إما أن يراد به المال وإما أن يكون المقصود منه غير المال . وعليه فإن نصاب الشهادة قد ينحصر فى البينات الآتية ولا يخرج عنها فى الفقه الإسلامى :

---

(١) أصول المرافعات الشرعية ص ٧٣٤ .

(٢) المرجع السابق ص ٧٣٥ ، ٧٥٤ وما بعدها .

١ ـ بينة تحتاج إلى أربعة شهود من الذكور جميعا، وذلك فى الزنا بالإجماع وفى القذف عند الجمهور.

٢ ـ بينة لا تصح إلا من رجلين ذكرين وذلك فى حقوق الله الخالصة، ويشمل ذلك الحدود ما عدا حدى الزنا والقذف أو فى حقوق الآدمى التى لا يقصد بها المال أصلا وإن جاءت تبعا كالقصاص والنكاح عند الجمهور.

٣ ـ بينة يقصد منها المال أصلا وذلك يتحقق فى كل المعاملات المدنية والتجارية وغيرها أصلا، ونصابها رجلان أو رجل وامرأتان أو شاهد واحد ذكر مع يمين المدعى عند الجمهور.

٤ ـ بينة لإثبات ما لا يطلع عليه إلا النساء فى الغالب ونصابها رجلان. أو رجل وامرأتان أو أربع نسوة. أو امرأة واحدة عند الجمهور.

٥ ـ بينة بشهادة رجل واحد فى رؤية هلال رمضان.

٦ ـ بينة بشهادة رجل مع يمين المدعى أو شهادة امرأتين مع يمين المدعى.

دليل بينة الزنا والقذف:

وبينة الزنا والقذف عند جمهور الفقهاء أربعة شهود كلهم ذكور لقوله تعالى: ﴿ وَاللاَّتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ﴾(١) والحديث سعد بن عبادة عن النبى ـ ﷺ ـ قال: قلت يارسول الله أرأيت إن وجدت مع امرأتى رجلا أمهله حتى آتى بأربعة شهداء قال نعم(٢).

والإجماع منعقد بين الفقهاء بالنسبة للزنا إلا ما حكى عن عطاء وحماد أنهما قالا: تجوز شهادة ثلاثة رجال وامرأتين لأنه نقص واحد من عدد للرجال فقام مقامه امرأتان كالأموال. وهو قول شاذ ويردونه لأنه مبنى على القياس الذى يصادم النص ولا قياس مع النص الصريح، ثم إن القياس على الأموال لا يصح، وذلك لخفة

---

(١) سورة النساء: ١٥.

(٢) المهذب ٢/ ٣٢٢.

حكمها وشدة الحاجة إلى ثباتها لكثرة وقوعها والاحتياط فى حفظها بخلاف الزنا، ولهذا زيد فى عدد شهود الزنا على شهود المال[1] (مادة ٦٦ فقرة ١ إثبات).

أما بالنسبة لبينة القذف، فالجمهور لو ثبتت لثبت حد الزنا على المقذوف وبينة الزنا أربعة رجال بلا خلاف لما سبق، وهذا فى دعوى القذف. أما حدا القذف أو دعواه فإنهما يثبتان بما يثبت به بقية الحدود وهو رجلان عند الجميع.

ودليل الجمهور فى بينة القذف قوله سبحانه وتعالى: ﴿لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَٰئِكَ عِندَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ﴾[2].

وقوله سبحانه: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾[3] وقوله فى القاذف - ﷺ -: «أربعة وإلا حد فى ظهرك»[4].

وفى دعوى الإقرار بالزنا قولان عند الإثبات:

أحدهما: يثبت بشاهدين قياسا على سائر الأقارب.

والثانى: لا يثبت إلا بأربعة لأنه موجب لحد الزنا فأشبه فعله [5].

وقد أجمع الفقهاء على أن شهود الزنا والقذف لابد أن يكونوا مسلمين عدولا ظاهرا وباطنا، وسواءكان المشهود أن يكونوا رجالا. أما عطاء وحماد بن سلمة فقد روى عنهما أنهما قالا بجواز شهادة ثلاثة رجال مع امرأتين، وقد سبق بيان وجهة نظرهما والرد علهيما من الجمهور[6].

دليل بينة النوع الثانى: والمراد به ما ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه

---

(١) المغنى ٩/ ١٤٨.

(٢) سورة النور: ١٣.

(٣) سورة النور: ٤.

(٤) المغنى ٩/ ١٩٤٨.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المغنى ٩/ ١٤٨، والاختيار ٢/ ١٩٤، وعدة الناسك ص ١٠٢، وحاشية الدسوقى ٤/ ٢٠٨، والبحر ٦/ ٢٠، والمحلى ١٠/ ٥٦٩.

الرجال، وهذا يشمل الحدود ما عدا حدى الزنا والقذف، كالقتل العمد والنكاح والرجعة والطلاق والوكالة والوصية، حيث لا يثبت ذلك من جهة البينة إلا شاهدان ذكران عدلان عند الجمهور لما روى عن الزهرى أنه قال: «جرت السنة على عهد رسول الله - ﷺ - والخليفتين من بعده ألا تقبل شهادة النساء فى الحدود». ولقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[1]. وقوله - ﷺ -: «لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل».

وروى عن عطاء وحماد أنهما قالا فى الحدود والقصاص غير حد الزنا بقبول شهادة رجلين أو رجل وامرأتين قياسا على الشهادة فى الأموال. وقد رد الجمهور على ذلك - بأن الحدود والقصاص يحتاط فيهما ما لا يحتاط فى غيرهما من الحقوق المالية لأن الحد يندرىء بالشبهة لقوله - ﷺ -: «ادرءوا الحدود بالشبهات» وفى شهادة النساء شبهة بدليل قوله تعالى: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ﴾[2] وأنه بالإجماع لا تقبل شهاداتهن وحدهن وإن كثرن فيما سبق، ما لم يكن معهن رجل فوجب أن لا تقبل شهاداتهن فيه[3].

وأما الأحناف والزيدية والظاهرية، فيقبل عندهم فى غير الحدود والقصاص رجل وامرأتان عند الإثبات، بل وبرجل واحد أو امرأتين فقط مع يمين الطالب، وذلك لأن ما يتعلق بهذه الحقوق لا يسقط بالشبهة، فكان حكمه حكم الأموال من جهة الثبوت[4]. لما روى عن عمر أن النبى - ﷺ - أجاز شهادة النساءفى النكاح» ولأنهن من أهل الشهادة فى الجملة فتقبل شهاداتهن لوجود المشاهدة والحفظ والآداء منهن كالرجل، وزيادة النسيان تجبر بزيادة العدد والبينة والإشارة بقوله تعالى: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ﴾[5].

ودليل بينة النوع الثالث: وهو الذى يقصد به إثبات المال أصلا كالبيع والإجارة

---

(١) سورة الطلاق: ٢.

(٢) سورة البقرة: ٢٨٢.

(٣) المغنى ٩/ ١٤٩.

(٤) المغنى ٩/ ١٤٩ وما بعدها، والمحلى ١٠/ ٥٦٩، والبحر ٦/ ٢١.

(٥) الاختيار ٢/ ١٩٥.

والسلم والهبة والوصية والرهن وبقية العقود أو التصرفات المالية، قوله تعالى في السلم: ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ (١) وقسنا على هذا العقد وهو السلم جميع العقود المالية الأخرى وكل ما يقصد به مال، لأن النص يشملها بالقياس ولأن عموم قوله تعالى: «فاستشهدوا» أى فيما يقع لكم شهيدين من رجالكم، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان» يدل على عموم الأشخاص فكان ذلك دليلا على عموم الأحوال إلا فيما ورد بشأنه نص كالحدودو؛ ولأن المغنى المقصود من التسهيل الذى ورد فى الآية هو لكثرة جهات المداينات ولعموم البلوى بها، وقد يفهم من التخيير الذى ورد فى الآية قبلو امرأتين مع وجود الرجلين. وقد حكى ابن المنذر وغيره فى ذلك الإجماع (٢).

والجناية الموجبة للمال كجناية الخطأ وعمد الخطأ، والمد الموجب للمال دون القصاص كالجائفة وما دون الموضحة من الشجاج تثبت بما ثبت به الأموال وهى شهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

وقال أبو بكر لا تثبت الجناية فى البدن بشهادة رجل وامرأتين لأنها جناية فأشبهت وما يوجب القصاص، ولهذا فلابد من رجلين عند الإثبات وقد رد عليه من الجمهور بأن موجبها المال فأشبهت البيع ولا يمكن قياسها على القصاص لأن القصاص لا تقبل فيه شهادة النساء (٣).

ودليل بينة النوع الرابع: وهو فيما لا يطلع عليه الرجال فى العادة كالولادة والرضاع، والعيوب التى تحت الثياب. إننا لو لم نقبل فيها شهادة النساء منفردات لضاعت الحقوق عند جحدها، فاحتجنا إلى إثباتها للضرورة بجميع النساء، ولما كانت شهادة الرجل تعادل شهادة امرأتين بنص الآية، وهى قوله تعالى: ﴿ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾، وجب أن تكون بينة النساء من أربعة عدول طبقًا للشروط التى سبق ذكرها وبيانها فى الشاهد. وذلك لنقصان عقولهن عن الرجال

---

(١) سورة البقرة: ٢٨٢.

(٢) مغنى المحتاج ٤/ ٤٤١، والمهذب ٢/ ٣٣٤.

(٣) المغنى ٩/ ١٥١.

فى العـادة، وقد روى عـن النبى ـ ﷺ ـ فيـمـا رواه ابن عـمـر أنه قال: «مـا رأيت ناقصـات عـقل ودين أغلب على ذي اللب منكن. فقـالت امرأة: يا رسـول الله ما نقصـان العقل والدين؟ قـال النبى ـ ﷺ ـ: أما نقصـان العقل فشـهـادة أمرأتين كشـهادة رجل، فهذا نقصان العقل. وأما نقصان الدين، فإن إحداكن تمكث الليالى لا تصلى وتفطر فى رمضـان، فـهـذا من نقـصـان الدين»[1]. وهذا النوع تقبل فيه شهادة الرجلين منفردين، وشهادة الرجل والمرأتين؛ لأنه إذا أجيز فيه شهادة النساء منفردات مع ثبوت نقصانهن عند تعذر الرجال فلأن تقبل فيه شهادة الرجال أو الرجال والنساء من باب أولى، وهذا هو مذهب الشافعية[2]، ويوافقه فى ذلك عطاء والشعبى وقتادة وأبو ثور[3].

وذهب **مالك والثورى** والحكم وابن أبى ليلة ورواية عن الإمام أحمد بن حنبلإلى أنه لا تقبل من شهادة النساء المنفردات أقل من اثنتين؛ لأن كل جنس يثبت به الحق كفى فيه اثنان كالرجال، ولأن الرجال أكمل منهن عقلا ولا يقبل منهم إلا اثنان[4].

وقـال عـثـمـان البـتى: لا يكفى أقل من ثلاث نسـوة لأن كـل مـوضع قـيـل فـيـه النساءكان العدد ثلاثة كما لو كان معهن رجل[5].

ومذهب **الأحناف والزيدية**: والراجح عند الحنابلة هو جواز وقبول شهادة المرأة الواحدة فيما لا يطلع عليه إلا النساء عادة لأنه قد روى عن عقبة بن الحارث أنه قال: «تزوجت أم يحيى بنت أبى أهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فجئت إلى النبى › فذكرت له ذلك فأعرض عنى ثم ذكرته له» فقال: وكيف وقد زعمت ذلك؟»[6] وروى حذيفة أن النبى ـ ﷺ ـ أجاز شهادة القابلة. كما روى أبو الخطاب عن ابن عمر أن قال: «يجزىء فى الرضاع شهادة امرأة واحدة ولأنه

---

(١) المهذب ٢/ ٣٣٤.

(٢) المرجع السابق، والتحفة ص ٨٥١، ومقصد النبيه ص ١٥٤، والمنهاج مع السراج ص ٦٠٧، ومغنى المحتاج ٤/ ٤٤٢.

(٣) المغنى ٩/ ١٥٦،

(٤) الغنى ٩/ ١٥٦، وحاشية الدسوقى ٤/ ١٨٨.

(٥) المغنى ٩/ ١٥٦.

(٦) الحديث صحيح ومتفق عليه.

معنى يثيبت بقول النساء المنفردات فلا يشترط فيه العدد كالرواية وأخبار الديانات، وما ذكره الشافعى من اشتراط غير مسلم. أما قول النبى - ﷺ -: «شهادة امرأتين بشهادة رجل» فإن ذلك فى المواضع التى يطلع عليها الرجال والنساء وفى كل موضع تشهد فيه المرأة مع الرجل[1].

البينة بالشاهد الواحد: ولا يحكم بشاهد واحد إلا فى رؤية هلال رمضان ويكفى الواحد العدل مطلقا على المعتمد عند الشافعية. أما الحنفية فلا يحكم عندهم برؤية الهلال بناء على شاهد واحد إلا فى غيم لا يظهر معه الهلال لكثير من الناس فى العادة، فإن كان الجو صحوا بدون غيم أو حاجب فى السماء فلا يكفى فى الحكم بإثبات رؤية الهلال إلا بجمع بقع العلم بخبرهم. وتحديد هذا الجمع يفوض إلى رأى الإمام من غير تقدير لأن المطالع متعددة والموانع مرتفعة والأبصار صحيحة والهمم فى الرؤية متقاربة، ولهذا فلم يجز أن يختص بالرؤية البعض القليل. وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يكتفى بشهادة الاثنين كما فى سائر الحقوق. وهذا القول يتفق مع القول الثانى فى المذهب الشافعى، وهو ظاهر المذهب وإن كان الإمام النووى صحح الأول وهو الحكم بشاهد واحد كما فعل صاحب التنبيه. أما بقية الشهور غير رمضان، فلا يكفى فى إثبات رؤيتها إلا عدلان[2].

ودليل من قالوا بقبول شهادة الواحد العدل فى رمضان بل وفى غيره عند الأحناف قوله - ﷺ -: «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته، فإن غم عليكم فعدوا شعبان ثلاثين يوما» ولأن ذلك الإثبات أمر دينى يقبل فيه قول الواحد كرواية الأخبار، والإخبار عن نجاسة الماء وطهارته. ولهذا فلا يشترط فيه لفظ الشهادة[3].

البينة بالشاهد واليمين: والقاعدة فى ذلك أن كل ما يثبت بالشاهد والمرأتين يثبت بالشاهد واليمين، وهذا هو قول جمهور الفقهاء وقد روى ذلك عن أبى بكر وعمر وعثمان وعلى وعمر بن عبدالعزيز والحسن وشريح وإياس وعبدالله بن عتبة وأبى

---

(١) المغنى ٩/ ١٥٧، والبحر ٦/ ٢١، والاختيار ٢/ ١٩٥، والبدائع ٩/ ٤٠٥٠.

(٢) عدة السالك ص ٤٨، والسراج ص ١٣٦، والتنبيه ص ٣٨، والاختيار ١/ ١٦٣.

(٣) الاختيار ١/ ١٦٣.

سلمة بن عبدالرحمن وربيعة ومالك وابن أبى ليلى وأبى الزناد والشافعى والظاهرية والحنابلة والإمامية[1].

وقال الشعبى والنخعى والأوزاعى والحنفية والزيدية: لا يقضى بشاهد ويمين المدعى، ومن حكم بذلك نقض حكمه، لأن الله تعالى قال: ﴿**واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان**﴾ والزيادة على ذلك زيادة فى النص والزيادة فى النص فسخ، ولأن النبى - ﷺ - قال: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر» فحصر اليمين فى جانب المدعى عليه كما حصر البينة فى جانب المدعى.

ودليل الفريق الأول ما روى عن أبى هريرة أنه قال: «قضى رسول الله - ﷺ - باليمين مع الشاهد الواحد» وروى عن ابن عباس مثله برواية أخرى، وإسناده جيد[2] ولأن اليمين تشرع فى حق من ظهر صدقه وقوى جانبه، ولذلك شرعت فى حق صاحب اليد لقوة جنبته بها وفى حق المنكر لقوة جنبته، فإن الأصل براءة ذمته والمدعى هنا قد ظهر صدقه لترجحه عن الجانب الآخر بالشاهد معه، فوجب أن تشرع اليمين فى حقه. ولا حجة للفريق المعارض فى الآية لأنها دلت على مشروعية الشاهدين والشاهد والمرأتين ولا نزاع فى هذا. أما ادعاء أن الزيادة فى النص نسخ فهو غير صحيح، لأن النسخ هو الرفع والإزالة والزيادة فى الشىء تقرير له لا رفع، والحكم بالشاهد واليمين لا يمنع الحكم بالشاهدين ولا يرفعه، ولأن الزيادة لو كانت متصلة بالمزيد عليه لم ترفعه ولم تكن نسخا، وكذا إذا انفصلت عنه، ولأن الآية واردة فى التحمل دون الأداء، ولهذا قال سبحانه: ﴿**أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى**﴾ والنزاع فى أداء الشهادة لا فى تحملها والحديث ليس للحصر على فرض صحته بدليل أن اليمين تشرع فى حق المودع إذا ادعى رد الوديعة أو تلفها وفى حق الأمناء لظهور جنايتهم، وفى حق الملاعنة، وفى القسامة. وتشرع فى حق البائع والمشترى إذا اختلفا فى الثمن والسلعة قائمة. وقول محمد بن الحسن من الأحناف بنقض قضاء من قضى بالشاهد واليمين يتضمن القول بنقض قضاء رسول

---

(١) عيون الأزهار ص ٤٣٧، والمغنى ٩/ ١٥٢، ومغنى المحتاج ٤/ ٤٤٣.

(٢) المحلى ١٠/ ٥٨٥ والمغنى ٩/ ١٥٢ وأقضية الرسول ﷺ ص ١٠٦.

الله - ﷺ - والخلفاء الذين قضوا به، وهو لا يمكن قبوله بحال لقوله تعالى: ﴿ فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ (١) ومن أجل ذلك قال الإمام أحمد بن حنبل مضت السنة أن يقضى باليمين مع الشاهد الواحد، فإن أبى أن يحلف استحلف المطلوب(٢).

فقد أخرج مسلم وأبو داود وابن ماجة عن ابن عباس رضى الله عنهما: «أن رسول الله - ﷺ - قضى بالشاهد واليمين»(٣).

نصاب الشهادة فى قانون الإثبات اليمنى:

قضت المادة (٦٦) من قانون الإثبات على أن نصاب الشهادة يكون فى الزنا أربعة رجال (فقرة ١) وفى سائر الحدود والقصاص رجلان (فقرة ثانية) وفى الأموال والحقوق ونحوها رجلان أو رجل وامرأتان (فقرة ثانية). كما يجوز أن يحكم بشهادة المرأة فيما لا يطلع عليه الرجال (مادة ٦٦ فقرة ثالثة).

وفى أخذ القانون بمبدأ قبول الشاهد واليمين ويستفاد ذلك من نص المادة (١٦٠ إثبات) حيث أجازت أن توجه اليمين المتممة للمدعى الذى قدم بينة ناقصة لاستكمال البينة الشرعية على الحق المدعى به» ويتضح مما سبق أن القانون أخذ بقول جمهور الفقهاء فيما أورده من أحكام تتعلق بنصاب الشهادة(٤).

---

(١) سورة النساء: ٦٥.
(٢) المغنى ٩/ ١٥٢، ١٥٣، والمحلى ١٠، ٥٩٥ وما بعدها.
(٣) تاريخ القضاء فى الإسلام للبهى ص ٤٨.
(٤) مجموعة القوانين الإسلامية ص ١١٨، ١٣٢.

المبحث الرابع
الشهادة الفرعية (الشهادة على الشهادة)

والشهادة على الشهادة جائزة من حيث المبدأ بالإجماع وبلا خلاف بين الفقهاء لأن الحاجة تدعو إلى ذلك، فقد تتعذر شهادة الشاهد الأصلى لموت أو مرض أو غيبة، حيث إن الشهادة على الشهادة حينئذ تكون هى الوسيلة الوحيدة لإثبات الحقوق عند عدم غيرها، ولأنه إذا لم تقبل الشهادة الفرعية فى مثل هذه الحالات لتعذر الإثبات، والإثبات لازم عند التنازع على الحقوق ليمكن الحكم باستقرارها وإسنادها إلى أصحابها الحقيقيين.

وقد أجمع الفقهاء أيضا بأن الشهادة الفرعية إذا كانت تتعلق بحق مالى من حقوق الأفراد الخالصة أو حق مالى خالص لله كالزكاة، فإنها تجوز ويجب قبولها عند التمسك بالحكم بها إذا عجز صاحب الحق عن البينة الأصلية[١].

أما إذا كانت الشهادة الفرعية تتعلق بحق من حقوق الله الخالصة غير المالية والتى تسقط بالشبهة، وهى الحدود كحد الردة وحد الزنا، وحد السرقة، وحد الحرابة، ففى صحتها وقبولها خلاف بين الفقهاء على قولين:

أحدهما: تقبل لأن الشهادة الأصلية تقبل فيها، كما تقبل فى المال، ولأنها حقوق تثبت بالشهادة، وكل ما يثبت بالشهادة يثبت بالشهادة على الشهادة وإلى هذا القول ذهب الشافعى فى أحد قوليه ومالك وأبو ثور[٢].

والثانى: لا تقبل الشهادة الفرعية فى حد من حدود الله الخالصة لأن الإثبات

---

(١) السراج ٦١١، والمهذب ٢/ ٣٣٧، والمغنى ٩/ ٢٠٦، ومجمع الأنهر ٢/ ٢١١، والمحلى ١٠/ ٦٤٧، والبحر ٦/ ٣٩، وعيون الأزهار ص ٤٣٩.

(٢) المغنى ٩/ ٢٠٦، ومغنى المحتاج ٤/ ٤٥٣.

تتعلق به عقوبة لله خالصة، وإلى هذا ذهب الحنفية والحنابلة والزيدية والإمامية والنخعي والشعبي، والأظهر من أقوال الشافعي[1]. وذلك لأن الحدود مبنية على الستر والدرء بالشبهات والإسقاط بالرجوع عن الإقرار والشهادة على الشهادة فيها شبهة حيث إنه يتطرق إليها احتمال الغلط والسهو والكذب في شهود الفرع مع احتمال ذلك في شهود، الأصل، وهذا احتمال زائد لا يوجد في شهادة الأصل، وهو معتبر بدليل أنها لا تقبل مع القدرة على شهود الأصل فوجب أن لا تقبل فيما يندرىء بالشبهات ولأنها إنما تقبل للحاجة إليها ولا حاجة إليها في الحد، لأن ستر صاحبه أولى من الشهادة عليه، ولأنه لا تصح فيها ولا يصح قياسها على الأموال لما بينهما من الفرق في الحاجة والتساهل فيها، كما لا يصح قياسها على شهادة الأصل لزيادة احتمال الخطأ أو الكذب أو السهو، وهذه الزيادة تؤثر في قبول الشهادة فتعتبر شبهة في دفع الحد، فوجب التوقف وعدم الحكم بالحد[2]. ولأن الشهادة على الشهادة تراد للتأكيد، والتوثيق هنا معناه سد الباب على العمل بالشبهة، وذلك أمر غير مرغوب فيه لأن النص ورد بخلافه، فيجب الوقوف عند إرادة النص[3].

وأما الشهادة على الشهادة في القصاص وحد القذف، فإنها لا تقبل عند الحنفية والحنابلة والإمامية والزيدية كما سبق، لأنها أيضا تندرىء بالشبهات ولحديث تقبل شهادة على شهادة في حد أو قصاص» ولما روى عن علي عليه السلام أنه قال: «لا تقبل شهادة عن شهادة في حد أو قصاص»[4].

وعند مالك والشافعي على المذهب وأبي ثور وظاهر كلام الخرقي من الحنابلة تقبل في القصاص والقذف، وذلك لأن القصاص حق العبد وحق العبد مبني على المشاحنة وحق الله مبني على المسامحة والمساهلة، والقذف كالقصاص يغلب فيه حق العبد على حق الله، فوجب مراعاة ذلك الحق وهو حق العبد وحقوق العباد كلها لا تسقط بالشبهة، فإذا جاز فيها الشهادة على الشهادة للضرورة وحرصا على

(1) المراجع السابقة وعيون الأزهار ص ٤٣٩، والبحر الزخار ٦/ ٣٩ ومجمع الأنهر ٢/ ٢١١.

(2) المغني ٩/ ٢٠٦.

(3) المهذب ٢/ ٣٣٧، ومغني المحتاج ٤/ ٤٥٣.

(4) البحر ٦/ ٣٩. «٦ نظرية الدعوى والاثبات»

عدم ضياعها على أصحابها بأى سبب إلا إذا كان هذا الإسقاط من جهتهم لأنهم أصحاب الحق[1].

شروط الشهادة الفرعية:

ويشترط فى صحة الشهادة الفرعية وقبولها عدة شروط وهى: تعذر حضور شهود الأصل، وتحقق شروط الشاهد التى اشترطنا فى شاهد الأصل، وتعيين شاهدى الأصل، والذكورة، والعدد. وعدم رجوع الأصل عن شهادته قبل الحكم بشهادة الفرع.

تعذر الشهادة الأصلية: وتعذر شهادة الأصل تتحقق عند جمهور الفقهاء بموت شهود الأصل أو غيبتهم أو مرضهم أو حبسهم أو خوف من سلطان أو غيره. وحكى عن أبى يوسف ومحمد من الأحناف جوازها مع القدرة على شهادة الأصل قياسا على الرواية وأخبار الديانات. كما حكى عن الشعبى أن العذر الذى تقبل فيه شهادة الفرع هو موت شهود الأصل فقط لاستحالة حضور الميت وإمكان حضور الحى أو إحضاره أو الذهاب إليه لاستماع شهادته.

وقد رد الجمهور على أبى يوسف ومحمد بأنه إذا أمكن للحاكم أن يسمع شهادة شاهدى الأصل استغنى عن البحث عن عدالة شاهدى الفرع، وكان أحوط للشهادة، لأن سماعها منهما معلوم وصدق شاهدى الفرع مظنون، والعمل باليقين مع إمكانه أولى من اتباع الظن، ولأن شهادة الأصل إنما تثبت نفس الحق، وهذه إنما تثبت الشهادة عليه، ولأن فى شهادة الفرع ضعفا لأنها يتطرق إليها احتمالان: احتمال غلط شاهدى الفرع، فيكون ذلك وَهْنًا فيها، ولذلك لم تنهض لإثبات الحدود والقصاص، فكان الواجب أن لا تثبت إلا عند عدم الأصل كسائر الأبدال، ولا يصح قياسها على أخبار الديانات لأنه خفف فيها، ولذا لا يعتبر فيها العدد ولا الذكورية ولا اللفظ، والحاجة داعية إليها فى حق عموم الناس بخلاف ما نحن فيه[2].

---

(١) المغنى ٩/ ٢٠٧، ومغنى المحتاج ٤/ ٤٥٣.

(٢) المغنى ٩/ ٢٠٨، والمهذب ٢/ ٢٣٧.

وأما الرد على الشعبى فى قوله بأن العذر هو الموت فقط، هو أن التعذر بغير الموت كالموت حكما، وبخاصة إذا تعذر التأجيل بغرض حضور شهود الأصل لأى سبب من الأسباب التى يخشى معها ضياع الحق على صاحبه، فكان سماع شهادة الفرع ضرورة، ولأنه لو لم تسمع شهادة الفرع إلا فى الموت لضاع الحق بين الناس.

وفى مقدار الغيبة التى يعذر فيها عند قبول شهادة الفرع قولان:

أحدهما: مسافة قصر وهو قول أبى حنيفة وأبى الطيب الطبرى. والثانى: أن يكون شاهد الأصل بموضع لا يمكنه أن يشهد ثم يرجع من يومه، وهو قول أبى يوسف والحنابلة والشافعية، ويقدر الشافعية هذه المسافة بأنها التى فوق مسافة العدوى. وقال ابن فارس: العدوى، طلبك إلى وال ليعينك على من ظلمك، والفقهاء يقولون مسافة العدوى وكأنهم استعاروها من هذه العدوى لأن صاحبها يصل فيها الذهاب والعود بعدو واحد لما فيه من القوة والجلادة[١].

تعيين وتسمية شهود الأصل: ومن الشروط اللازمة لصحة الشهادة الفرعية أن يعين شاهدا الفرع شاهدى الأصل ويسمياهما، وذلك بما يعرف به شاهد الأصل لأن عدالته شرط فى صحة الشهادة، وإذا لم يعرف شهود الأصل لم تعلم عدالتهم، وعدالتهم شرط فى قبول شهادة الفرع، لأن الفرع مبنى على الأصل، وإذا ردت شهادة الأصل ردت شهادة الفرع من باب أولى. فإن سمى شهود الفرع شهود الأصل وعدلوهم حكم بشهادتهم لأنهم غير متهمين فى تعديلهم، وإن لم يسموهم ولكن عدلوهم كأن قالوا نشهد على شهادة عدلين ولم يذكروا الأسماء لم يحكم بشهادتهم لاحتمال أن يكونوا عدولا فى نظرهم غير عدول عند الحاكم[٢].

اشتراط الذكورة فى الشهادة الفرعية: وشرط الذكورة ضرورى فى قبول الشهادة الفرعية عند أحمد ومالك والثورى والشافعى لأنهم يثبتون بشهادتهم شهادة شهود الأصل دون الحق - وليس ذلك بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال فأشبه الحد والقصاص[٣].

---

(١) المصباح المنير مادة «عدا» ٢/ ٢١، ومغنى المحتاج ٤/ ٤٥٥.

(٢) المهذب ٢/ ٢٣٨، والمغنى ٩/ ٢٠٩.

(٣) المغنى ٩/ ١١. والمغنى ٩/ ٢١٢.

وعند الزيدية والحنفية والإمامية والقول الراجح عند الحنابلة[1] لا تشترط الذكورية فى الشهادة على الشهادة، بل يجوز أن يشهد النساء مع الرجال فى الفرع على الأصل. لأن شهود الفرع إن كانوا يثبتون شهادة الأصل فهى تثبت بشهادتهم وإن كانوا يثبتون نفس الحق فهى تثبت بشهادتهم. ولأن النساء قبلن فى المال بلا خلاف وما يقصد به المال يكون حكمه حكم الشهادة على المال فيثبت بشهادتهن كما لو أديناها عند الحاكم. وليس ذلك من باب القياس على الحد والقصاص لأن القصد من الشهادة بالحد أو القصاص ليس إثبات المال بحال من الأحوال، بل المراد إثبات العقوبة، والمال بعد ذلك إن حصل فهو تبع. ولما روى عن على بن أبى طالب كرم الله وجهه ـ أنه قال: «تقبل فى الشهادة على الشهادة شهادة رجلين أو رجل وامرأتين» ولأنه نقل خبر يثبت به حق المدعى فجوز كالشهادة على الإقرار[2].

العدد فى الشهادة الفرعية: ويشترط فى صحة الشهادة وقبولها عند أبى حنيفة ومالك والشافعى والزيدية والإمامية إذا كانت فرعية العدد، وأقل ذلك شاهدان ذكران على قول الشافعى أو رجل وامرأتان على قول الزيدية والحنفية ومن وافقهم سواء كانا لواحد أو لأكثر، فيجوز أن يشهد الاثنان على شهادة واحد فقط كما يجوز أن يشهدا على شهادة الاثنين معا أو متفرقين، فإن كان شاهدا الأصل معا كفى أن يشهد عليهما شاهدا الفرع باعتبار أنهما شهدا على قوليهما، أى أن الاثنين شهدا على شهادة كل واحد على حدة، وإن كانا متفرقين وشهدا معا على شهادة كل واحد ولو فى مكانين مختلفين صحت الشهادة أيضا. فإن شهد واحد من شاهدى الفرع على شهادة واحد فقط من شاهدى الأصل وشهد الآخر على الآخر فقط لم تقبل الشهادة، لأنه يشترط فى هذه الحالة أن يكون الشهود أربعة كل اثنين على شهادة واحد من الأصل[3].

وذهب الحنابلة والظاهرية إلى قبول شهادة فرعين على أصلين ولو كل واحد على واحد لأن نصاب الشهادة يتحقق بالاثنين، وقد تحقق النصاب بشهادة الفرعين

---

(١) البحر ٦/ ٤١، وعيون الأزهار ص ٤٣٩، والاختيار ٢/ ٢٠٩.

(٢) الاختيار ٢/ ٢٠.

(٣) المهذب ٢/ ٢٣٧، والاختيار ٢/ ٢٠٩، والبحر ٦/ ٤٠، وعيون الأزهار ص ٤٣٩ وما بعدها.

لأن شاهدى الفرع بدل من شاهدى الأصل، فيكفى أن يكون كل واحد عن واحد لأن شاهدى الفرع لا ينقلان عن شاهدى الأصل حقا عليهما، وإنما ينقلان قولا عنهما فوجب قبول الواحد فيه كأخبار الديانات[1].

إلا إننا نرجح القول الأول، وذلك لأن الإخبار من الفرع شهادة على الأصل بما أخبر، وإخبار الأصل إقرار بما تحمل من شهادة يتعلق بها حق للآخرين، والإقرار فى حد ذاته لا يقبل على الغير إلا بحضور ذلك الغير واعترافه بما ادعى عليه به أو ببينة والبينة الشرعية لا تقبل إلا برجلين أو رجل وامرأتين فى حقوق الأفراد التى يطلع عليها الرجال. وهذا أمر مجمع عليه بين الفقهاء.

والإرعاء شرط فى صحة الشهادة الفرعية وقبولها: وهذا أمر لا خلاف عليه بين أحد من الفقهاء. فحيث حصل الإرعاء فإن الشهادة الفرعية تقبل ولا اعتراض عليها.

والإرعاء هو أن يسترعى شاهد الأصل شاهدى الفرع ويقول لهما أشهد أو أخبر أن لفلان على فلان كذا، فاشهدوا على شهادتى أو قولى بذلك.

وإنما وجب قبول الشهادة فى الإرعاء لأن المسترعى لا يرعى غيره إلا على واجب لأن الاسترعاء وثيقة والوثيقة لا تكون إلا على واجب[2].

فإن كانت شهادة الفرع على الأصل بغير استرعاء، بل من سماع، كأن سمع الشخص مصادفة فى محل تجارى مثلا أو فى طريق عام رجلا يقول أشهد أن لفلان على فلان كذا، لم يقل لهذا السامع موجها الخطاب إليه: أشهد على شهادتى، لم تقبل الشهادة الرفعية ولا يحكم القاضى بها لأنه يحتمل أن يكون هذا القول الذى صدر من الأصل ليس على طريق الاستشهاد، بل المراد أن له عليه ألفا من وعد وعده بها ومثل ذلك من أمور التبرعات[3].

ويصبح عند البعض تحمل الشهادة الفرعية بغير إرعاء إذا كانت فى مجلس حكم كأن يسمع شاهدا يشهد عند الحاكم بحق. أو سمعه يشهد بحق يعريه إلى سبب نحو

---

(١) المغنى ٩/ ٢١٣.

(٢) المهذب ٢/ ٣٣٨، والمغنى ٩/ ٢١١.

(٣) المرجع السابق، والمغنى ٩/ ٢١٠.

أن يقول أشهد أن لفلان على فلان كذا من ثمن بيع مثلا . وهذا مذهب الشافعية ورواية عند الحنابلة ، لأنه بالشهادة عند الحاكم ونسبته للحق إلى سببه يزول الاحتمال ، ويرتفع الإشكال فيجوز له الشهادة كما لو استرعاه[١] .

وقال الحنفية والزيدية والإمامية والرواية الأخرى عند الحنابلة لا تقبل الشهادة الفرعية إذا كان تحملها بغير إرعاء ، وذلك لأن الشهادة على الشهادة فيها معنى النيابة ولا ينوب الشخص عن غيره إلا بإذنه ، ويفارق ذلك الشهادة على الإقرار حيث إنها تجوز ولو بدون استرعاء من المقر ، كأن يسمع رجل غيره يقول أقر بأن لفلان عليّ كذا من المال ، لأن المقر يوجب الحق على نفسه فجاز من غير استرعاء ، والشاهد يوجب الحق على غيره فاعتبر فيه الاسترعاء ، ولأن الشهادة يعتبر فيها العدالة ولا يعتبر ذلك في الإقرار[٢] .

لا يحكم بشهادة الفرع إلا إذا تحقق عدم رجوع الأصل:

والشرط في صحة الشهاد ة الفرعية وقبولها هو أن يستمر شهود الأصل على شهادتهم حتى الحكم بشهادة الفرع ، ويكفي في ذلك أن يتحقق من أنهم لم يرجعوا عن شهادتهم الأصلية قبل الحكم بالشهادة الفرعية ، فإن رجعوا بطلت شهادة الفرع لأن بطلان الأصل مبطل للفرع . كما يشترط أيضا في قبول شهادة الفرع أن لا يحضر شهود الأصل عند القاضي أو يمكن حضورهم قبل الحكم بشهادة الفرع وإن كانت قد سمعت . لأنه قدر على ا لأصل ولا يجوز الحكم بالبدل مع وجود المبدل منه وهو الأصل[٣] .

ومن الشروط اللازمة لصحة الشهادة الفرعية أن تؤدى من شاهد الفرع على الصفة التي تحملها من الأصل تماما ، فإن كانت عند حاكم قال في أدائه تحملتها باسترعاء وإن كانت بسماع بإشهاد على نفسه بحق لغيره مضاف إلى سببه الذي يوجب الحق ذكر ذلك في الأداء وبينه كما تحمل به ؛ لأنه كالأصيل في كل ما يخبر به

---

(١) المغني ٩/ ٢١٠ وما بعدها، والمهذب ٢/ ٣٣٨.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) المهذب ٢/ ٣٣٨.

إذا كان حاضرا وقت الأداء والنقض أو التعديل أو التغيير أو الإيهام من الفرع بغير ما قاله الأصيل، ولا يحكم إلا بما تحمل به الأصيل ونحن قد لجأنا للنائب عند الضرورة بشرط أن يحل النائب محل الأصيل فى كل شيء[1].

الشهادة الفرعية وأحكامها فى قانون الإثبات اليمنى:

تكلم قانون الإثبات اليمنى عن الشهادة الفرعية وأحكامها فى الفصل الأول من الباب الثانى المواد (٥٨ ـ ٦١). وقد أخذ القانون بمبدأ قبول الشهادة الفرعية فى جميع الحقوق ما عدا الحد والقصاص (مادة ٥٨) متفقا فى ذلك بالنسبة للحد مع قول الجمهور وبالنسبة للقصاص مع الحنابلة والحنفية والزيدية والإمامية.

وقد اشترط القانون فى قبول الشهادة الفرعية أن تكون بلفظ الشهادة وبطريق الإرعاء (مادة ٥٨) ولا تصح الشهادة الفرعية بشاهد واحد لأن أقل نصاب يقبل فى الإرعاء هو اثنان فقط من العدول الذكور مادة (٥٨) وحكم الذكورة أخذ من قول أحمد ومالك والشافعى والثورى، وشرط العدد أخذ من قول الزيدية والحنفية والشافعية والمالكية والإمامية.

وقد حدد القانون الحالات التى تقبل فيها الشهادة الفرعية بالإرعاء على النحو التالى (مادة ٥٩).

١ ـ عن ميت فى حياته (مادة ٥٩ فقرة ١).

٢ ـ عن معذور عن الحضور بعذر مقبول عند القاضى إذا كان هذا العذر بسبب مرض معجز أو غياب فى مكان بعيد مسافة بريد أو أكثر. أو حاضر، ولكن لا يمكنه الحضور إلا بمشقة (مادة ٥٩ فقرات ٢، ٣، ٤). والعذر بالموت والغياب والمرض والحبس ونحوه. هو قول الجمهور ما عدا أبا يوسف ومحمد من الأحناف. ويقوم مقام الإرعاء كتابة الشاهد لشهادته بخطه المعروف أو إملاؤها على آخر خطه معروف بشرط الإشهاد على الكتابة من شاهدين. فإذا لم يكن الخط معروفا صاحبه صدق عليه من جهة رسمية (مادة ٦٠).

---

(١) المرجع السابق.

ويجب على شهود الفرع تعيين شاهد الأصل باسمه ونسبه ولا يجب تعديلهما له، بل ذلك جائز فقط (مادة ٦١) فإذا لم يعدل الأصول من جهة الفروع وجب على الحاكم التحقق من عدالتهم قبل الحكم بشهادة الفرع. كما يجب التحقق من أنهم لم يرجعوا عن شهادتهم حتى وقت أداء الفروع لها عند الحاكم، وهذا الحكم لم يبينه القانون فيجب مراعاته؛ لأنه لا خلاف عليه بين أحد من الفقهاء. لأن رجوع الأصل قبل أداء الفرع يبطل الشهادة، لأن بطلان الأصل بطلان للفرع وما بني على الباطل باطل.

الأحكام العامة للشهادات

إذا توافرت في الشهادة شروطها وأركانها ونصابها حسب الحق المشهود به قبلت ووجب الحكم بمقتضاها إن كانت في مجلس الحكم، بشرط أن لا يختلف الشهود في شهادتهم أو يرجعوا عنها قبل النطق بالحكم سواء كانت أصلية أو فرعية.

وإذا اختلف الشهود في الشهادة عند أدائها في مجلس الحكم وكان الاختلاف كليا بالنسبة للمشهود به كأن شهد أحد الشاهدين بحق والثاني بحق يغايره بطلت هذه الشهادة وبطل الحكم بمقتضاها، وهذا لاخلاف عليه. فإن كان اختلاف الشهود في وصف المشهود به إن كان موصوفا أثر هذا الاختلاف في الشهادة حيث يبطلها لأن الاختلاف في الوصف كالاختلاف في العين، كما إذا شهد أحد الشاهدين بأن الدين ألف ريال يمنى وشهد الآخر بأنه ألف ريال سعودى[1]. ولا يجوز أن تكمل بينة من وافقت الدعوى بيمين المدعى؛ لأن البينة بطلت كلها لبطلان جزئها الذى يكملها والباطل لا يصحح[2]. وقد أخذ قانون الإثبات اليمنى بجواز تصحيح البعض إذا لم يصح الكل إذا وافق هذا الجزء دعوى المدعى (مادة ٧٠ فقرة ٤).

فإن كان الخلاف فى الشهادة على الجزء لا الكل قبل الشهادة فيما اتفق عليه من الشهود إن أمكن ذلك وحكم به وذلك للبينة المتوافرة، مثال ذلك ما إذا ادعى حقا على المدعى عليه بألفى دولار أمريكى وأحضر المدعى بينة على ذلك شاهدين؛ فشهد أحدهما بألف فقط والآخر بألفين، وذلك لأنهما اتفقا على إثبات الألف فيحكم له بألف فقط ولكن للمدعى أن يحلف مع الشاهد الذى شهد بألفين. فإذا

---

(١) المهذب ٢/ ٣٣٨، والبحر ٦/ ٤١.

(٢) المراجع السابقة.

حلف حكم له بالألف الثانية ؛ لأن الشاهد لم تبطل شهادته ولأن الشاهد واليمين فى حكم البينة . فإن كانت دعوى بألف فقط فشهد له أحد الشهود بألف وشهد الآخر بألفين فوجهان .

أحدهما : يحلف مع الذى شهد له بالألف ويقضى له القاضى بدعواه بالشاهد واليمين وتسقط شهادة من شهد بالألفين لأنه صار مكذبا له فسقطت شهادته فى الجميع لأن شهادته كذبت الدعوى .

والثانى : يثبت له الألف بشهادتهما ويحلف المدعى مع الشاهد بالألفين ويحكم له بالألف الثانية ، لأنه شاهد الألفين لا يصير مكذبا بشهادته حيث خالفت الدعوى لأنه يجوز أن يكون للمدعى حق ويدعى بعضه فقط ، كما يحوز أنه لم يعلم أن هناك من يشهد له بالألفين فاقتصر فى الدعوى على ما يتحقق ثبوته وهو الألف[1] .

والمفهوم من الفقرة الثالثة من (المادة ٧٠) إثبات يمنى أنها أخذت بهذا الاتجاه الأخير حيث جاء حكم هذه الفقرة كالآتى : «اختلاف الشاهدين فى مقدار المشهود به لا يبطل الشهادة كلها بل يصح منه ما اتفقا عليه الشهود معنى ، كما تقضى الفقرة الأولى من نفس المادة بأن اختلاف الشاهدين فى الألفاظ لا يؤثر فى قبول الشهادة إذا اتفقا فى شهادتهما معنى . كما تقضى الفقرة الثانية بأن الاختلاف فى الشهادة إذا كان فى زمان أو مكان أو إنشاء حق بإقرار لا يبطل الإقرار إذا كان يحتمل التعدد[2] .

وفى جميع الأحوال ؛ إن كانت الدعوى تتعلق بحد أو قصاص ، فإن اختلاف الشهود يؤثر فى الشهادة من حيث إثبات العقوبة ، سواء كانت حدا أو قصاصا ؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات ولأن القصاص كالحد معنى لتحديده وتقديره من الله . أما فيما يتعلق بالحق المالى ، فيمكن الحكم به فيما يمكن إثباته إذا حصل عليه اتفاق أو الحكم بأحد الشهود مع اليمين طبقا لما سبق بيانه ويمكنه توضيح ذلك بما يأتى من قضايا :

(أ) إذا كانت الدعوى بسرقة كبش مثلا وأقام المدعى البينة ، فشهد أحدهما بأن

---

(١) المهذب ٢/ ٣٣٨ .

(٢) وهذا هو مذهب الإمامية ، وانظر عيون الأزهار ص ٤٤٠ .

السارق سرق من المدعى كبشا أبيض مساء، وقال الآخر أشهد بأنه سرق نفس الكبش صباحا لم يجب الحد بالاتفاق، ولكن للمسروق منه (المدعى) أن يحلف ويقضى له بالغرم أى المال قيمة المدعى به لأن المال يثبت بالشاهد واليمين[1].

(ب) إذا تعارضت بينة المدعى بالسرقة كأن أحضر شهودا أربعة للإثبات، فشهد اثنان أن المسروق سرق صباحا وشهد اثنان آخران أن المسروق المدعى به نفسه سرق مساء لم يحكم بأى شيء مطلقا لا فى الحد ولا فى المال بلا خلاف حتى مع اليمين لأن اليمين لا تصح لاختلاف البينة من جميع الوجوه لأنهما تعارضتا فتساقطا جميعا، وبذا لم يعد شاهد واحد يمكن أن يحلف معه المدعى ليحكم له بالمال. وهذا بخلاف الحكم فى القضية السابقة حيث حكمنا بالمال باليمين لأن كل واحد من الشاهدين ليس بينة والتعارض لا يكون فى غير بينة[2].

(جـ) إذا كانت الدعوى على رجلين بقتل وأحضر المدعى شاهدين بينة على دعواه، وشهد الشاهدان على المدعى عليهما بأنهما القاتلان، فشهد المشهود عليهما أن الشاهدين هما القاتلان، فلا يعتبر ذلك تعارضا فى البينة إن صدق ولى الدم الشاهدين الأولين؛ لأنهما غير متهمين فيما يشهدان به، وتبطل شهادة الآخرين ويحكم عليهما بمقتضى الشهادة الأولى؛ لأنهما متهمان حيث إنهما بشهادتهما يدفعان عن نفسيهما القتل.

فإن كذب ولى الدم الشاهدين الأولين وصدق الآخرين بطلت شهادة الجميع حيث لا يحكم على أحد منهم بالقصاص؛ لأن الأولين كذبهما الولى، والآخرين يدفعان عن نفسيهما القتل[3].

(د) إذا ادعى رجل على رجل أنه قتل مورثه عمدا وقال المدعى عليه لم أقتله عمدا ولكن قتلته خطأ؛ فأقام المدعى شاهدين على دعواه؛ فشهد أحدهما أنه أقر بقتله عمدا وشهد الآخر على إقراره بالقتل خطأ، فالقول قول المدعى عليه مع

---

(١) المهذب ٢/ ٣٣٩.

(٢) المهذب ٢/ ٣٣٩.

(٣) المرجع السابق.

يمينه، لأن صفة القتل لا تثبت بشاهد واحد، فإذا حلف المدعى عليه ثبتت دية الخطأ، فإن نكل عن اليمين حلف المدعى أنه قتله عمدا ويجب القصاص أو دية مغلظة على المدعى عليه عند الشافعية[1].

(هـ) إذا ثبت قتل العمد على رجل بدعوى، وحكم عليه بالقصاص، فشهد بعد الحكم أحد ولدى القتيل على أخيه أنه عفا عن القصاص والمال سقط القود أى القصاص عن القاتل، سواءكان الشاهد عدلا أو غير عدل، لأن شهادته على أخيه تضمنت الإقرار بسقوط القود، والقود يسقط بالشبهة كالحد. أما الدية فإنه يثبت نصيب الشاهد فيها لأنه لم يعف عنها.

وأما نصيب المشهود عليه، فإنه إن كان الشاهد ممن لا تقبل شهادته حلف المشهود عليه أنه لم يعف ويستحق نصف الدية، وإن كان ممن تقبل شهادته حلف القاتل معه حتى يسقط عنه حقه من الدية، لأن ما طريقه المال يثبت بالشاهد واليمين، ولكن لابد أن يحلف أن المشهود عليه عفا عن المال والقود معا[2].

(و) فى بينة الزنا إذا شهد الشهود الأربعة بواقعة الزنا واتفقوا على الزانى والمزنى بها والمكان، ولكنهم اختلفوا فى زواياه بحيث شهد كل واحد بركن أو زاوية تخالف قول الآخر سقط الحد بالنسبة للزنا على المدعى عليه ووجب حد القذف على الشهود فى قول ولا يجب فى قول آخر بل الواجب التعزير.

وإن شهد اثنان فى بينة الزنا على المرأة بأنها مختارة وشهد آخران بأنها مكرهة سقط الحد عن المرأة بلا خلاف وعن الرجل الزانى لأنه شريك وسقوط الحد عن شريكه فى الجريمة شبهة فى دفع الحد عنه، فيرجع إلى الحكم بالتعزير حسب تقدير القاضى[3].

ولا تصح الشهادة لغير مدع فى حق خالص لآدمى ولا على القذف والسرقة قبل المرافعة (مادة ٦٣ إثبات). فإن كانت الشهادة تتعلق بحق خالص لله أو بحق عام قبلت الشهادة حسبة من غير طلب أو ادعاء (مادة ٦٤) إثبات يمنى.

---

(١) المرجع السابق.
(٢) المرجع السابق.
(٣) المهذب ٢/ ٣٣٨.

ويشترط في صحة الشهادة وقبولها أن تكون في مجلس القضاء وفي حضور المشهود عليه أو وكيله المنصوب عنه، وأن تؤدى بلفظ أشهد على قول الجمهور به أخذ قانون الإثبات اليمني (مادة ٦٢ فقرة ٢) أو بأي لفظ يدل على الشهادة ولو بلفظ الإخبار أو الإعلام على قول الظاهرية وابن تيمية والحنابلة. وأن تتقدمها دعوى شاملة لها، وأن لا تكون بالنفي الصرف أو يكذبها الواقع (مادة ٦٢ إثبات). ولا تصح شهادة النفي إلا فيما يقتضي الإثبات (مادة ٦٩).

وإذا أديت الشهادة في غير مجلس القضاء ولكن في جهة مختصة بالتحقيق كالنيابة والشرطة وجب على القاضي إملاؤها على الخصوم، فإن أقروها اعتبرها القاضي وحكم بها وإلا وجب على المحكمة استدعاء الشهود أو التكليف بالحضور لسماع شهادتهم من جديد وإجراء الحكم بناء على ما يشهدون به لديها (مادة ٦٥) إثبات.

ويجب على الخصم الذي يطلب الإثبات بشهادة الشهود أن يتبين الوقائع التي يريد إثباتها وعدد الشهود الذين يريد سماع شهادتهم عليها إجمالا (مادة ٧٩) ويجب على متحمل الشهادة أصالة أو إرعاء أن يؤديها عند طلب المشهود له (مادة ٧٨). وإذا لم يحضر الخصم شاهده في الجلسة المحددة، قررت المحكمة أو القاضي إلزامه بتكليف الشاهد بالحضور عن طريق المحضرين. فإذا لم يفعل سقط حقه في الاستشهاد به (مادة ٨٣) فإن رفض الشاهد الحضور إجابة لدعوة الخصم أو المحكمة جاز للحاكم تكليفه بالحضور بأية طريقة يراها (مادة ٨٤) وهذا فيما إذا كان التحمل للشهادة عن طريق الكفاية[1] فإن كان التحميل على العين وجب على القاضي أن يلزمه بالحضور لسماع شهادته لأن إظهار الحق متوقف على حضوره والحكم بالحق عند الطلب واجب وما بني عليه الواجب فهو واجب، ولأن للحاكم أن يلزم الشخص بأداء واجب عليه، وقد قلنا إنه تحملها على سبيل الوجوب العيني فيجب عليه الإشهاد شرعا وقضاء ولا يجوز له التخلف عند الطلب[2].

وإذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور لأداء الشهادة جاز للقاضي أن ينتقل إليه

---

(١) المغني ٩/ ١٤٦، ومغني المحتاج ٤/ ٤٥.

(٢) المغني ٩/ ١٤٧، ١٥٧، ومغني المحتاج ٤/ ٤٥١.

لسماع أقواله بحضور الخصوم على أن يثبت ذلك فى محضر يوقع عليه منه ومن الكاتب (مادة ٨٥ إثبات) كما يجوز للقاضى أن يستخلف غيره لسماع شهادة المعذور من نفس أعضاء المحكمة التى تحكم فى القضية أو من أعضاء محكمة أخرى (مادة ٨٠) ومن لا قدرة له على الكلام يؤدى الشهادة إذا أمكن أن يبين مزاده بالكتابة فيما يجور فيه ذلك (المادة ٨٦) وهذا لا يتحقق إلا فى الحقوق المالية أو ما فى حكمها. أما العقوبات والحدود والقصاص فلا يفيد فيها من حيث الإثبات إلا الكلام الصريح؛ لأن عدم الكلام شبهة فى دفع الحدود والقصاص. والأصل أن تؤدى الشهادة شفاها، ولكن يجوز إذا دعت الحاجة، وبإذن خاص من القاضى أن يقرأ الشاهد شهادته من مذكرة مكتوبة معه (مادة ٩٣). وللحاكم أن يستوفى الشهادة بسؤال الشاهد عن جميع الجوانب التى تتعلق بشهادته. فإن امتنع الشاهد عن الإجابة بغير عذر مقبول أجبره الحاكم على الإجابة. فإن أصر على عدم الإجابة كان للحاكم أن يعزره بما يتفق والحال والمقام. وقد حدد ذلك القانون اليمنى بغرامة لا تتجاوز مائة ريال (مادة ٩٠) وهذا التحديد قد لا يوفى بالغرض، وقد لا يناسب الحال. وكان من الواجب ترك ذلك الأمر لاجتهاد القاضى وتقديره.

ولا يحكم الحاكم فى الدعوى التى تحتاج إلى إثبات قبل سماع كل شهود طرفى الخصومة فى الميعاد المحدد لذلك إلا إذا لم يكف ذلك الميعاد لسماع كل الشهود أو حال دون الإتمام مانع بعذر مقبول، فيكون للقاضى مد أجل التحقيق لسماع من لم تسمع شهادته إلى جلسة أخرى. وفى هذه الحالة يكون النطق بالتأجيل بمثابة تكليف لمن يكون حاضرا من الشهود بالحضور فى الجلسة التى أجل إليها التحقيق، إلا إذا أعفوا صراحة من الحضور. (مادة ٨١). فإن طلب أحد الخصوم خلال الميعاد المحدد للتحقيق وسماع الشهود مد الميعاد كان للحالكم أن يصدر قراره على الفور فى الطلب بقبوله أو رفضه. ولا يجوز للخصم التظلم من ذلك، كما لا يجوز مد الميعاد بناء على طلب الخصم لأكثر من مرتين، وهذا ما أخذ به قانون الإثبات اليمنى (مادة ٨٣) وإن كانت قواعد الشريعة والفقه الإسلامى لا تمنح الزيادة حيث لم يرد التحديد والتقييد وإنما ذلك متروك لظروف ومقتضى الحال. كما أنها لا ترفض التقييد بزمن محدد إذا كان ذلك هو السبيل إلى عدم الإهمال والمماطلة فى إثبات الحقوق وسرعة الفصل فى الأحكام. وليس بلازم أن يفرق القاضى بين الشهود عند

سماع الشهادة حتى لا يردد الشاهد الثانى مثل شهادة الأول، وبالتالى تكون شهادة ترديد أى شهادة واحدة لا شهادتين. فلا تعتبر بينة، وذلك لأن الأصل فى الشهادة أن تكون متطابقة تماما من جميع الوجوه حتى تصير كالترديد، وأن هذه الشهادة عن إخبار المخبر عما رآه أو علمه أو سمعه تماما وافق غيره فيه أم لم يوافقه، والشرط فى تصديق ذلك هو عدالة المخبر. والعدالة تمنع الكذب فى الشهادة؛ لأنها من القلب والضمير، لأن الدافع إلى هذا الإخبار هو الإيمان بوجوب ذلك الأداء وليس هناك من رقيب أو شاهد عليه أصلا إلا الله وحده، فكان الله شاهد على شهادته وقوله، فهو إن كذب على نفسه لن يكذب على الله، فيكون ذلك دافعا إلى قول الصدق والحقيقة، ومع أن ذلك هو الأصل فإن الشريعة أيضا لا تمنع العكس، وهو وجوب التفريق بين الشهود عند الأداء خوفا من الترديد أو الكذب فى الشهادة؛ لأن ذلك من المسائل الإجرائية التى يقدرها الحاكم لمعرفة مدى صدق البينة، وهو من باب سد الذرائع لا الطعن على العدالة وبهذا أخذ قانون الإثبات اليمنى حيث قالت (المادة ٨٧) يجب أن يفرق بين الشهود قبل سماع شهادتهم، ويجب أن يؤدى كل شاهد شهادته على انفراد بغير حضور باقى الشهود الذين لم تسمع شهاداتهم ويكون ذلك فى الحقوق والحدود والقصاص[١].

وللحاكم أن يسأل الشاهد عن اسمه ولقبه ومهنته وموطنه وعما إذا كانت له صلة نسب أو مصاهرة أو مهنة أو صداقة لأحد الخصوم (مادة ٨٨) ويجب على الحاكم التأكد من اسم الشاهد ونسبه بأية وسيلة سواء كان ذلك عن طريق المزكين (المعدلين) أو بتحقيق الشخصية، أو بذكر كل المواصفات العامة والخاصة التى عليها الشهاد وقت شهادته، ويمكن عن طريقها تميزه عن غيره ومعرفته عند اللزوم أو الحاجة إليه[٢]. وإذا رأى كحاكم تحليف الشاهد، جاز له ذلك، ويعتبر ذلك من باب يمين الاستظهار التى هى من اختصاصات الحاكم لمعرفة مدى صدق بينة الشاهد لا من باب الطعن فى عدالة الشاهد، ويحلف غير المسلمين على حسب الأوضاع الخاصة بهم إذا طلبوا ذلك (مادة ٨٩).

ويكون توجيه الأسئلة إلى الشاهد من رئيس المحكمة أو القاضى المنتدب أو

---

(١) مجموعة القوانين الإسلامية ص ١٢١.

(٢) مغنى المحتاج ٤/ ٤٤٧.

المستحلف ويجيب الشاهد أولا عن أسئلة المحكمة ثم عن أسئلة الخصم الذى استشهد به ثم عن أسئلة الخصم الآخر أو كلام الشاهد وقت أداء الشهادة (مادة ٩١). وإذا انتهى الخصم من استجواب الشاهد فلا يجوز له إبداء أسئلة جديدة إلا بإذن المحكمة أو القاضى المنتدب (مادة ٩٢) ولكن يجوز للخصم أن يدفع شهادة خصمه ببينة يثبت بطلانها أو جرح هذه الشهادة (مادة ٦٨). ويشترط فى الجرح والتعديل الإثبات بلفظ الشهادة (مادة ٧٤) وهو قول ابعض منهم الزيدية، محمد بن الحسن من الحنفية ولم يشترط ذلك آخرون منهم الظاهرية وأبو حنيفة وأبو يوسف والإمامية لأنهم جعلوا ذلك من باب الإخبار والإعلام[1] كما يشترط فى الجارح والمعدل ما يشترط فى الشاهد وأن يكون الجرح بما ينفى شروط الشاهد والشهادة مع بيان علة الجرح وتاريخها (مادة ٧٤) ولا يقبل جرح الشاهد بعد الحكم بشهادته إلا إذا صدر الحكم غيابيا ولم يكن المحكوم عليه موجودا عند أداء الشهادة بعذر مقبول كالغياب، والخوف من الوصول إلى الحاكم، والسجن، والمرض والصغر، وتعجل الحكم قبل التأكد من عدالة الشهود، ويترتب على قبول الجرح بهذه الأسباب إعادة النظر فى الحكم (مادة ٧٥).

وقبول الخصم لشهادة الشاهد قبل أدائه رضاء بها وتعديله للشاهد لا يقبل بعده الجرح لأن تعديل الخصم لشهود خصمه تصديق لدعوى ذلك الخصم واعتراف بالحق الذى ظهر بتلك البينة العدل، فكأنه اعتراف يحكم بمقتضاه وجرحه بعد ذلك للشهود رجوع عن إقراره، وهو لا يجوز إلا بموافقة صاحب الحق[2].

وقبولها بعد أدائها اعتراف بما فيها بلا خلاف (مادة ٧٦) وإذا تعارض الجرح والتعديل فالجرح أولى وإن كثر المعدل (مادة ٧٧).

الرجوع فى الشهادة:

يصح الرجوع عن الشهادة مطلقا قبل الحكم وبعده فى مجلس القضاء أو غيره

---

(١) الاختيار ٢/ ١٩٨، والبحر ٦/ ٤١، وعيون الأزهار ص ٤٣٩.

(٢) الاختيار ٢/ ١٩٨، ومجموعة القوانين الإسلامية ص ١٢٠. «٧ـ نظرية الدعوى والاثبات»

لأن الشهادة إخبار وإعلام، وذلك لا يعرف إلا من جهة الشاهد وقد يخبر الشخص بالشيء ثم يتبين له كذبه أو غلطه أو وهمه وما أشبه ذلك، ومن هنا وجب عليه الرجوع عن تلك الشهادة التى تبين عدم صدقها حتى لا يترتب عليها انتقال حق من شخص لآخر بدون وجه حق. ومع أن ذلك هو الأصل إلا أن هذا الرجوع لا يمكن ترتب الآثار الشرعية عليه من الناحية العملية إلا إذا كان فى مجلس الحكم والقضاء لأن الرجوع عن الشهادة يبطلها، وذلك البطلان حكم شرعى وهو يحتاج إلى حكم حاكم وحكم الحاكم لا يكون ملزما إلا فى مجلس الحكم كما حكمنا بذلك فى قبول الشهادة نفسها قبل الرجوع عنها حيث قلنا إن صحتها إنما تتوقف على حكم الحاكم، وهذا يحتاج إلى مجلس القضاء. ولابد أن يقول الشاهد رجعت عن شهادتى عليه حتى يمكن الحكم بأن الشاهد رجع عن شهادته (مادة ٧١) ولا يعتبر مجرد الإنكار أو الإقرار بالفسق أو الجرح أو إقامة البينة من المشهود عليه بأن الشهود رجعوا عن شهاداتهم إلا إذا أقر بذلك الشهود أمام القاضى، وإن كان يجوز للقاضى عند إنكار الشهود على رجوع أن يحلفهم أنهم لم يرجعوا[١] (مادة ٧١).

والرجوع عن الشهادة قبل الحكم يبطل الشهادة مطلقا ولا يصح الحكم بهذه الشهادة التى ثبت للقاضى الرجوع فيها حتى ولو قال الشهود رجعنا عن رجوعنا أوكذبنا فى قولنا رجعنا عن شهادتنا، لأن الشهادة سقطت بالرجوع الأول والساقط لا يعود لأن الحق لا يثبت إلا بالقضاء بالشهادة وقد تناقضت هذه الشهادة بين الصحة والفساد فتعارضا فتساقطا أو أنه يغلب جانب الفساد على جانب الصحة للشك لأن الأصل العدم ولا يحكم بالوجود إلا بدليل صحيح ليس له معارض[٢] وإذا حكم القاضى ببينة ثبت لديه الرجوع فيها بطل حكمه، وكان ذلك مخلا بنزاهته وأصبح أهلا للمساءلة الشرعية أمام صاحب السلطة القضائية (مادة ٧٣ فقرة١).

---

(١) الاختيار ٢/ ٢١٢ وما بعدها، ومغنى المحتاج ٤/ ٤٥٦، والبحر ٦/ ٤٤، وعيون الأزهار ص ٤٤٢، ومجموعة القوانين الإسلامية ص ١١٩.

(٢) المراجع السابقة.

وإذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد أدائهم لها أمام الحاكم، وكان ذلك الرجوع بعد الحكم وقبل التنفيذ بحيث لم يستوف المحكوم له الحق، فإن كان ذلك يتعلق بحد أو قصاص لم يجز الاستيفاء لأن هذه الحقوق تسقط بالشبهة والرجوع شبهة ظاهرة، وإن قلنا بأن الحكم صحيح لا ينقض ولا يفسخ وذلك لتأكد الأمر بالنسبة للحاكم وقت الحكم ولجواز صدقهم في الشهادة وكذبهم في الرجوع وعكسه، وليس أحدهما بأولى من الآخر ولا ينقض الحكم أو يفسخ بأمر مختلف[1].

وإن كان الرجوع بعد الحكم وقبل الاستيفاء يتعلق بحق مالى أو عقد من العقود فالراجح عند الجمهور هو عدمنقض الحكم والاستمرار فى التنفيذ والاستيفاء لأن الحكم صحيح والرجوع فى المال ليس شبهة فى البطلان لإمكان عدم البطلان بتضمين الشهود المال الذى غرمه المشهود عليه للمشهود له[2].

وإن كان يجوز عند الشافعية للمحكوم عليه نقض الحكم بدعوى جديدة بمقتضى هذا الرجوع[3]. وقد أخذ بذلك قانون الإثبات اليمنى حيث قضت (المادة ٧٣ فقرة ب) بأنه «إذا كان الرجوع بعد الحكم جاز للمشهود عليه طلب إعادة النظر فى الحكم، وإذا ألغى الحكم فيضمن الراجع ما نفذ وتعذر إرجاعه ويعاقب بعقوبة شاهد الزور»[4].

وإن رجع الشهود بعد الحكم والتنفيذ لم ينقض الحكم بلا خلاف ولا يجب على المشهود له رد ما أخذه من المشهود عليه من حق أو مال لأنه يجوز أن يكونوا صادقين، ويجوز أن يكونوا كاذبين وقد اقترن بأحد الجائزين الحكم والاستيفاء ولا ينقض الحكم برجوع محتمل أو بأمر مختلف[5].

وإذا شهد الشهود بما يوجب القود وحكم بمقتضى هذه الشهادة ونفذ الحكم فى

---

(١) مغنى المحتاج ٤/ ٤٥٧، والاختيار ٢/ ٢١٣، وعيون الأزهار ص ٤٤٢، والبحر ٦/ ٤٥.
(٢) الاختيار ٢/ ٢١٣، ومغنى المحتاج ٤/ ٤٥٩.
(٣) المهذب ٢/ ٣٤٠.
(٤) مجموعة القوانين الإسلامية ص ١١٩.
(٥) المهذب ٢/ ٣٤٠.

المشهود عليه ثم رجعوا عن الشهادة وقالوا فى سبب رجوعهم تعمدنا الشهادة كذبا ليقتل بشهادتنا وجب عليهم القود (القصاص) لما روى الشعبى : «أن رجلين شهدا عند على رضى الله عنه على رجل أنه سرق فقطعه . ثم أتياه برجل آخر فقالا : إنا أخطأنا بالأول وهذا السارق . فأبطل على رضى الله عنه شهادتهما على الآخر ولم يحكم عليه بشىء وبرأه وضمنهما دية الأول وقال للشاهدين : لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعتكما»[1] وإن قال الشهود بعد رجوعهم أخطأنا وجبت دية مخففة عليهم ولا تحمل العاقلة معهم لأنها وجبت باعترافهم فإن اتفقوا على أن بعضهم تعمد وبعضهم أخطأ وجب على المخطىء قسطه من الدية المخففة وعلى المتعمد قسطه من الدية المغلطة ولا يجب عليه القود لمشاركة المخطىء .

وإن قالوا جميعا تعمدنا كذب الشهادة الأولى ولكننا لم نعلم أنه سيقتل بها وتحقق القاضى من صدق ادعائهم وجبت دية مغلطة عليهم لما فيه من العمد ومؤجلة بمعنى أنه لا يجبر على أدائها حالا ولا يحبس حتى يؤديها كلها بل يجوز له تأجيلها لأى أجل يقدر عليه . وإذا اختلف الشهود بعد رجوعهم فقال بعضهم تعمدنا كلنا الكذب ، وقال بعضهم أخطأنا كلنا وجب على المقر بالعمد من الجميع القود لأنه أقر على نفسه وشهد على غيره ووجب على المقر بخطأ الجميع قسطه من الدية المخففة[2] .

والقول بضمان الشهود عند رجوعهم واعترافهم بتعمد الكذب فى الشهادة والقصاص منهم هو قول جمهور الفقهاء ، ومنهم الزيدية والشافعية والإمامية[3] ، أما الحنفية فهم يتفقون مع الجمهور فى الضمان المالى لا القود حيث لا يوجبون على الراجع فى شهادته القود ، ولو قال تعمدت الكذب لأنه لم يوجد القتل مباشرة . والتسبب عند الأحناف لا يوجب القصاص كحافز البئر وإذا امتنع القصاص وجبت الدية[4] .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) المرجع السابق .

(٣) البحر ٦/ ٤٥ ، وعيون الأزهار ص ٤٤٢ ، ومغنى المحتاج ٤/ ٤٥٧ .

(٤) مجمع الأنهر ٢/ ٢١٦ ، والاختيار ٢/ ٢١٥ .

هذا وقد أخذ قانون الإثبات اليمنى يقول الجمهور حيث قضت المادة (٧٣ فقرة ج) على أنه : «إذا كان المنفذ به حدا أو قصاصا وألغى الحكم ضمن الراجع أرش الحد أو القصاص إلا أن يقر الشاهد بأنه تعمد الحد أو القتل بشهادته فيجد أو يقتص منه» كما تنص (الفقرة د) من نفس المادة السابقة على أنه : «إذا كانت شهادة الشاهد الذى رجع قد تمت بيمين المدعى ضمن نصف المشهود به فى غير الحد والقصاص» ولا ضمان على المزكى ولا على الجارح (فقرة هـ) .

الباب الخامس

الأدلة الكتابية

الأدلة الكتابية هي وسيلة من وسائل الإثبات فى ا لفقه الإسلامى ، وهى تخرج عن كونها إقرارا أو بينة على ذلك الإقرار أو حكما شرعيا مدونا فى وثيقة للاحتجاج بها عند اللزوم أى عند الإنكار ، ويطلق على هذه الأوراق التى يحتج بها وثائق أو محررات ، وكلمة وثائق مأخوذة من التوثيق وهو الحفظ والتدوين والربط والأمان . أما المحررات فهى جمع محرر والمحرر هو المكتوب فى ورقة والمدون فيها(١) .

وليس بلازم كما سبق القول أن تكون وسيلة الإثبات مكتوبة ، بل الأصل أن تكون شافهيا كما هو الحال فى الإقرار والإشهاد ، ولكن لما كان الحاكم يعتمد فى حكمه على هذه الوسيلة ، فكان من الواجب عليه التأكد من صدقها بأى طريق يعتمد عليه ويثق فيه ، ومن هنا أصبح من الأمور المسلمة أن القاضى لا يلزمه فى الحكم إلا بما يصل إليه ويعلمه يقينا فى مجلس الحكم والقضاء ، وما عدا ذلك فله أن يأخذ به وله أن يرفضه إذا شك فيه ، كما أن له أيضا أن يضع من القواعد الإجرائية والشكلية ما يكفل تحقيق العدالة للجميع فى مجال الحكم والقضاء .

ولقد نبهنا الله سبحانه وتعالى وأرشدنا إلى قيمة الوثائق الكتابية في حفظ الحقوق وعدم ضياعها أو إنكارها بين الناس في قوله تعالى : ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَن يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ** ﴾(٢) ، وقوله : ﴿ **وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ** ﴾(٣) وبظاهر النص أخذ الظاهرية بوجوب الكتابة والإشهاد على الحقوق ولكن الجمهور على خلاف ذلك ، وهو الإرشاد والاستحباب والندب فقط من حيث الأصل وإن كان

---

(١) المصباح ١/ ٦٠ ، ٢/ ١٣٨ مادة «وثق» .

(٢) سورة البقرة : ٢٨٢ .

(٣) سورة البقرة : ٢٨٣ .

لا يمنع عندهم من وجوب ذلك والالتزام به فى إثبات الحقوق والمطالبة بها إذا اقتضى الحال.

الأدلة الكتابية وأحكامها فى قانون الإثبات اليمنى:

والأدلة الكتابية نوعان: محررات رسمية، ومحررات عرفية ولكل من النوعين أحكامه وحجيته وسبل الطعن فيه (مادة ١١٨).

والمحررات الرسمية هى التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه فى حدود اختصاصه، أو ما تلقاه من ذوى الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه[١] (مادة ١١٩) إثبات يمنى. فإذا لم تكتسب هذه المحررات صفة رسمية. فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوو الشأن وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم[٢].

والمحررات العرفية طبقا لما تقرره المادة (١٢٠) إثبات يمنى «هى التى تصدر من الأشخاص العاديين فيما بينهم». وإذا اعتمدت هذه المحررات العرفية لدى حاكم الجهة التى يتبع لها المحررون، وكان ذلك فى حضورهم بعد تأكد الحاكم من أشخاصهم وموافقاتهم على ما جاء فى هذه المحررات أصبحت معتمدة وأخذت حكم المحررات الرسمية من حيث الإثبات (مادة ١٢٠). والورقة العرفية حجة بما ورد فيها جميعا حتى يثبت العكس، ويجوز دحض محتواها كله لا فرق فى ذلك بين ما قرر موقعها أنه علمه بنفسه وما قرره رواية عن الغير، وبذلك حكمت محكمة النقض المصرية[٣].

---

(١) وبهذا التعريف أخذ قانون الإثبات المصرى فى المادة (١٠). وانظر أصول المرافعات الشرعية للعمروسى ص ٦٨١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) نقض جلسة ٣٠/ ١/ ١٩٦٤، جلسة ١٤/ ١/ ١٩٦٥، مجموعة المكتب الفنى السنة ١٥ ص ٦٦، السنة ١٦ ص ٥٧ وما بعدها، وأصول المرافعات ص ٦٨١.

والمحررات الرسمية حجة بما فيها من أمور قام بتحريرها موظف عام فى حدود مهمته الرسمية[1] (مادة ١٢١). وإذا كان أصل المحرر الرسمى موجودا، فإن صورته الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذى تكون فيه مطابقة للأصل[2] وتعتبر الصورة الرسمية مطابقة للأصل ما لم ينازع فى ذلك أحد الطرفين، وفى هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل، ولكى تكون الصورة رسمية فإنه يجب أن يوقع عليها من الموظف المختص بالمراجعة، وأن تختم بالختم الرسمى للجهة التى أصدرتها وأن يبين فيها أنها مطابقة للأصل (مادة ١٢٢).

وتقضى المادة (١٢٣) بأنه إذا لم يوجد أصل المحرر لمراجعة الصورة عليه، فيمكن المراجعة على صورة هذا المحرر إذا تم اعتمادها لدى حاكم الجهة المختص وصرح فيها بأنها مطابقة للأصل متى كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقة هذه الصورة لأصلها (فقرة أ). ويكون للصورة الرسمية المعتمدة المنقولة من الصور الأصلية الحجية ذاتها، وإن كان يجوز فى هذه الحالة لكل من الطرفين طلب مراجعتها على الصور الأصلية التى أخذت منها (فقرة ب). وأى صورة غير الأولى التى روجعت على الأصل نفسه لا تكفى فى المراجعة عليها حتى وإن اعتمدت من جهة رسمية، ولا تعتبر محررا رسميا ملزما يحتج به دائما، ولكن يمكن الاعتماد عليها فقط لمجرد الاستئناس تبعا للظروف[3] (فقرة جـ).

أحكام المحررات العرفية:

المحررات العرفية أقسام ثلاثة هى طبقا لنص المادة (١٢٤) إثبات:

(أ) محررات مكتوبة بخط الخصم وموقع عليها منه.

(ب) محررات مكتوبة بخط الغير وموقع عليها من الخصم.

(جـ) محررات مكتوبة بخط الغير وليس عليها توقيع للخصم.

---

(١) المادة (١١) إثبات مصرى، ونقض جلسة ٣/ ١/ ١٩٦٧م.

(٢) المادة (١٢) إثبات مصرى، وأصول المرافعات ص ٦٨٤.

(٣) المادة (١٣) إثبات مصرى، وأصول المرافعات ص ٦٨٥.

والتوقيع يشمل الإمضاء بخط اليد، والختم المنسوب لصاحب التوقيع أمامه وباختياره بنفسه أو بواسطة غيره، وبصمة إصبع صاحب التوقيع (مادة ١٢٤ فقرة جـ).

والمحرر العرفى الموقع من الخصم على أى نحو مما سبق بيانه فى المادة (١٢٤) وطبقا لما تقضى به المادة (١٢٥) إثبات يكون حجة على صاحب التوقيع وعلى وارثه أو خلفه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع. وعلى المدعى على هذا الخصم عند إنكار الخصم للمحرر أو الإمضاء أو الخط أن يقدم الدليل على صحة المحرر وحجيته، فإن لم يقدم هذا الدليل حلف المدعى عليه على البت والقطع، فإذا حلف أبطل حجية المحرر عليه. ولا يحلف الوارث على البت والقطع، وإنما يحلف على نفى العلم فقط فيقول بعد اليمين لا أعلم أن مورثى كتب هذا أو لا أعلم أن له مثل هذا الخط أو مثل هذا الإمضاء وأنا أنفيه عنه. وعلى المدعى أن يقدم الدليل على صحة السند الذى يدعى به[1].

وإذا احتج شخص على آخر بمحرر عرفى وناقش الخصم المدعى عليه محتوى هذا المحرر فلا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع[2] (مادة ١٢٦) لأن مناقشة محتوى المحرر إقرار ضمنى بصحة السند والإمضاء. وعلى المدعى عليه عندئذ أن يقدم الدليل على صحة ادعائه فيما يتعلق بمضمون السند، فإن لم يقدم الدليل حلف المدعى على البت والقطع.

والعقد العرفى هو الذى يحرر طبقا لما جرى عليه عرف الناس فى التعامل إذا لم يترسم له القانون شكلا خاصا سوى توقيع من صدر منه عليه سواء أكان عقدا تبادليا ملزما لطرفيه أم عقدا صادرا من جانب واحد.

وإذا كان المحرر العرفى مكتوبا بخط الغير وغير موقع من الخصم فإنه يصح الاحتجاج به بشرط الإشهاد عليه إذا لم يكن الكاتب معروفا، فإن كان معلوما ومعروفا بالصدق والأمانة وكان خط هذا الكاتب معروفا للحاكم لشهرته أو لإقراره

---

(١) أصول المرافعات الشرعية ص ٦٨٥.

(٢) المادة (١٤) من قانون الاثبات المصرى، والمرجع السابق ص ٦٨٦.

أمامه بأنه الكاتب، وشهد بصحة ما كتبه وما جاء فى المحرر؛ كان ذلك فى حكم الإشهاد واعتبر حجة ما لم ينكر الخصم المدعى عليه بالمحرر هذا المحرر ببينة شرعية تثبت صحة ادعاءاته لإنكار السند، فإن لم يقدم البينة على إنكاره كان السند حجة عليه كما تقضى بذلك المادة (١٢٧) : إثبات يمنى .

ولا يكون المحرر العرفى حجة على الغير فى تاريخه (مادة ١٢٩) إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت بوجه قطعى وإقامة البينة على صحة التاريخ . وقد نصت المادة (١٣٠) : إثبات على أن تاريخ المحرر الثابت يتحقق فى الحالات الآتية[١] :

(أ) من يوم أن يقيد فى السجل المعد لإثبات التاريخ لدى الحاكم .

(ب) من يوم أن يثبت مضمونه فى ورقة أخرى ثابتة للتاريخ .

(جـ) من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص مبينا تاريخ تأشيرته .

(د) من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة فى جسمه .

(هـ) من يوم وقع أى حادث آخر يكون قاطعا فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه .

ومع ذلك، فإنه يجوز للحاكم تبعا للظروف أن لا يطبق حكم المادة (١٣٠) السابق الإشارة إليها على المخالصات، وأن يأخذ بالتاريخ الثابت فيها والمدون على المحررات الخاصة بتلك المخالصات[٢] (مادة ١٣١) .

وتكون للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفى من حيث الإثبات، وكذا البرقيات إذا كان أصلها المودع فى مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها . وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، وإذا انعدم أصل البرقية فلا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس[٣] (المادة ١٣٢) .

---

(١) وهى فى قانون الإثبات المصرى المادة (١٥)، وأصول المرافعات ص ٦٨٨ .

(١) المادة (١٥) إثبات مصرى، أصول المرافعات ص ٦٨٨ .

(٢) المادة (١٦) إثبات مصرى، أصول المرافعات ص ٦٨٨ .

ودفاتر التجار حجة على التجار بينهم بالنسبة لما هو مدون فيها. وهذه الحجية مقصورة عليهم فقط، وأما غير التجار فلا تعتبر حجة عليهم وإن كانت تصلح أساسا لجواز أن يوجه القاضى اليمين المتممة لهؤلاء الذين ورد ذكرهم فى الدفتر إذا طلب ذلك صاحب المصلحة (مادة ١٣٣).

ولا يصح مادامت الدفاتر منظمة أن يستخلص الشخص منها ما يصلح دليلا له ويستبعد ما كان مناقضا لدعواه (مادة ١٣٣).

ولا تعتبر الدفاتر المنزلية والمذكرات الخاصة حجة على من صدرت منه فيما دون فيها ولو كانت ممضاة إلا فى حالتين هما:

١ - إذا ذكر فيها كاتبها صراحة أنه استوفى دينا.

٢ - إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دُوِّن فيها أن يقوم مقام السند لمن أثبت له عليه شيئا فيها[١]. (المادة ١٣٤).

والتأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن ولو لم يكن موقعا عليه فيه مادام السند لم يخرج قط من حيازته ما لم يثبت الدائن غير ذلك. وكذلك يكون الحكم إذا وجد بيد المدين خط للدائن ولو بدون توقيع يستفاد منه براءة ذمة المدين[٢] (المادة ١٣٥).

وتقضى المادة (١٣٦) من قانون الإثبات اليمنى بأنه إذا كان السند المكتوب مشتركا بين الخصوم، كان مودعا لدى أحدهم ورفض المودع لديه السند تقديمه بناء على طلب خصمه وأثبت ذلك الخصم بالبينة الشرعية وجود السند لدى خصمه وأثبت محتواه، فإن للمحكمة أن تأخذ بالسند وتحكم بمضمونه طبقا لبينة المدعى بما فى السند ويجب على المحكمة أن تحكم على المودع لديه السند الذى امتنع عن تقديمه للمحكمة بالعقوبة المقررة لخيانة الأمانة، إلا إذا قدم عذرا مقبولا لعدم التقديم[٣].

---

(١) المادة (١٨) إثبات مصرى، المرجع السابق.

(٢) المادة (١٩) إثبات مصرى، والمرجع السابق ص ٦٩١.

(٣) المادة (٢٠)، (٢٣)، (٢٤) إثبات مصرى، والمرجع السابق ص ٦٩٢ وما بعدها.

وإن تقرير المحكمة إلزام الخصم بتقديم ورقة معينة تكون تحت يده يعتبر من إجراءات الإثبات التى يجوز للمحكمة أن تعدل عنها بشرط أن تبين سبب العدول[1].

ويجب أن يبين فى الطلب المقدم من الخصم - لإلزام خصمه الآخر بتقديم السند الذى تحت يده للاحتجاج به - البيانات التالية :

(أ) أوصاف المحرر الذى يعينه .

(ب) فحوى المحرر بالتفصيل .

(جـ) الواقعة التى يستدل به عليها .

(د) الدلائل والظروف التى تؤيد أنه تحت يد الخصم .

(هـ) وجه إلزام الخصم بتقديمه[2].

وللقاضى أن يرفض الطلب إذا لم تبين فيه البيانات والشروط السابقة ، فإن أثبت الطالب طلبه وأقر الخصم بأن المحرر فى حيازته أو سكت ؛ أمرته المحكمة بتقديم المحرر فى الحال إلى أقرب موعد تحدده[3].

وإذا أنكر الخصم ولم يقدم الطالب إثباتا كافيا لصحة الطلب وجب على الخصم المنكر أن يحلف يمينا ، بأن المحرر لا وجود له أو أنه لا يعلم وجوده ولا مكانه وأنه لم يخفه أو لم يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به[4].

وإذا لم يقم الخصم بتقديم المحرر فى الموعد الذى حددته المحكمة أو امتنع عن حلف اليمين المذكورة ؛ اعتبرت صورة المحرر التى قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها ، فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكله وموضوعه[5].

---

(١) نقض مصرى جلسة ٣٠/ ٣/ ١٩٦٤ ، جلسة ١٧/١٢/ ١٩٧٠ . وأصول المرافعات الشرعية ص ٦٩٣ .

(٢) المادة (٢١) من قانون الإثبات المصرى . والمرجع السابق .

(٣) المادة (٢٢) إثبات مصرى ، وأصول المرافعات ص ٦٩٤ .

(٤) المادة (٢٣) إثبات مصرى ، والمرجع السابق .

(٥) المادة (٢٤) إثبات مصرى ، والمرجع السابق .

وإذا قدم الخصم محررا للاستدلال به فى الدعوى فلا يجوز له سحبه بغير رضاء خصمه إلا بإذن كتابى من القاضى أو رئيس الدائرة بعد أن تحفظ منه صورة فى ملف الدعوى يؤشر عليها قلم الكتاب بمطابقتها للأصل[1].

ويجوز للمحكمة فى أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف أن تأذن فى إدخال الغير لإلزامه بتقديم محرر تحت يده، وذلك فى الأموال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها فى القانون[2].

الإلزام بعرض الشيء:

وعلى كل من حاز شيئا أو أحرزه أن يلتزم بعرضه على من يدعى حقا معلقا به متى كان فحص الشيء ضروريا للبت فى الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه إذا طلب منه ذلك. وإذا كان الأمر متعلقا بسندات أو أوراق أخرى، فللقاضى أن يأمر بعرضها على ذوى الشأن وتقديمها عند الحاجة إلى القضاء ولو كان ذلك فى مصلحة شخص لا يريد أن يستند إليها فى إثبات حق له. على أنه يجوز للقاضى أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشيء إذا كانَ لمن أحرزه مصلحة مشروعة فى الامتناع عن عرضه. ويكون عرض الشيء فى المكان الذى يوجد فيه وقت طلب العرض ما لم يعين القاضى مكانا آخر، وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع نفقاته مقدما، وللقاضى أن يعلق عرض الشيء على تقديم كفالة تضمن لمن أحرز الشيء تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض[3].

ولابد من اجتماع شروط ثلاثة لوجوب العرض وهى:

أولها: أن يدعى شخص بحق شخصى أو عينى يتعلق بشيء.

ثانيها: أن يكون هذا الشيء فى يد شخص آخر على سبيل الحيازة أو الإضرار، سواء أكان هذا الشخص خصما فى الدعوى أم لم يكن خصما فيها.

---

(١) المادة (٢٥) إثبات مصرى، والمرجع السابق.

(٢) المادة (٢٦) إثبات مصرى، وأصول المرافعات ص ٦٩٥.

(٣) المادة (٢٧) إثبات مصرى، والمرجع السابق.

ثالثها: أن يكون فحص هذا الشيء ضروريا للبت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه ويرجع تقدير هذا الضرر إلى القاضي[1]. فإذا اجتمعت الشروط الثلاثة المتقدمة، جاز للقاضي أن يأمر بعرض الشيء أو الوثيقة المطلوبة، إلا أن يتمسك المدين بمصلحة مشروعة أو سبب قوى للامتناع كالحرص على حرمة سر عائلى مثلا، والأصل في العرض أن يحصل حيث يوجد الشيء وقت رفع الدعوى، ولكن يجوز للقاضي أن يحكم بغير ذلك كما هو الشأن في تقديم الشيء أمام القضاء، وتكون نفقات العرض على عاتق من يطلبه، كما يجوز إلزامه بتقديم تأمين لضمان تعويض ما قد يصيب محرز الشيء من ضرر من وراء هذا العرض[2].

إنكار السند الكتابى والادعاء بتزويره:

تقضى (المادة ١٣٧) من قانون الإثبات اليمنى بأنه: إذا أنكر الخصم صدور السند منه متنا وتوقيعا كان للخصم المتمسك بالسند أن يثبت صدوره من خصمه بالبينة الشرعية، ويجوز إثبات صدور السند من الخصم عن طريق تحقيق الخطوط بواسطة خبير فنى (عدل) أو أكثر[3]. فإن كان المنكر وارث الخصم أو خلفه ولم يقدم المدعى البينة على صحة السند حلف الوارث أو الخلف على نفى العلم، فإذا حلف، سقط في حقهم التمسك بالسند فيما يتعلق بحقوق تلزمهم أو تلزم وارثهم أو خلفهم بمقتضى هذا السند (مادة ١٢٥ إثبات يمنى).

وإذا ثبت للقاضى صدور السند من الخصم وصحته أخذت المحكمة بمحتواه وحكمت على المنكر بغرامة مالية حددتها المادة (١٣٨) بمائة ريال يمنى مع ثبوت الحق للخصم في طلب التعويض المناسب إزاء الضرر الذى يصيبه من جراء امتناع أو إنكار خصمه للسند الصحيح الذى صدر فيه. وهذا الحكم الخاص بالغرامة أو التعويض على الخصم فقط، ولا يطبق على الوارث أو الخلف حيث لا يحكم عليهم بأى شيء مطلقا (مادة ١٣٨).

---

(١) أصول المرافعات الشرعية ١٩٦.

(٢) المرجع السابق، والمذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات المصرى رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.

(٣) المادة (٣٠) إثبات مصرى، وأصول المرافعات ص ٧٠٠.

فإن ثبت بعد التحقق أن المنكر صحيح فيما يدعيه من أن السند لم يصدر منه ولا الإمضاء كان على المحكمة أن تبلغ الجهة المختصة لإثبات التزوير ومعاقبة فاعله بالعقوبة المقررة لذلك (مادة ١٣٩)، وإذا ادعى الخصم المنسوب صدور السند إليه أو وارثه أو خلفه أن السند الكتابى مزور كلفته المحكمة إثبات التزوير بالطرق المبينة فى المادة (١٣٧) وهى البينة الشرعية أو تحقيق الخطوط بواسطة خبير فنى (عدل) أو أكثر (مادة ١٤٠).

وإذا ثبت بعد التحقيق تزوير السند رفضته المحكمة وحكمت على مرتكب التزوير إن كان معروفا بالعقوبة المقررة وبتعويض مناسب للخصم إن طلب ذلك ويعتبر المتمسك بالسند المزور مزورا له أو شريكا فى تزويره ما لم يثبت غير ذلك، ويجوز للمحكمة أن تحيل جريمة التزوير إلى الجهة المختصة للتحقيق والحكم فيها (المادة ١٤١). فإن ثبت بعد التحقيق صحة السند أخذت المحكمة بمحتواه وحكمت على مدعى التزوير بغرامة مائتى ريال وبتعويض مناسب للخصم إذا طلب ذلك (المادة ١٤٢).

ويجوز للمتمسك بالسند الكتابى أن يتنازل عنه إذا أنكره خصمه أو ادعى تزويره، ويترتب على التنازل عن السند رفضه وعدم المضى فى إجراءات التحقيق ويقبل التنازل فى أية حالة تكون عليها الدعوى قبل الحكم بصحة السند أو رفضه، ويجوز للمحكمة أن تحكم على الخصم الذى تنازل عن التمسك بالسند بغرامة لا تقل عن عشرة ريالات ولا تتجاوز مائة ريال لتعطيله لها، وأن تحكم لخصمه بتعويض مناسب إذا لم يفلح فى إثبات دعواه بطريق آخر، ولا تحكم على الخصم بشىء إذا أفلح فى إثبات دعواه ببينة شرعية أخرى (المادة ١٤٣).

وإنكار الخط أو الختم أو الإمضاء أو بصمة الأصبع يرد على جميع المحررات الرسمية وغير الرسمية[١].

وللمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية فى المحرر من إسقاط قيمته فى الإثبات أو إنقاصها، وإذا كانت صحة

---

(١) المادة ٢٩ إثبات مصرى، وأصول المرافعات الشرعية ص ٦٩٧.

المحرر محل شك فى نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذى صدر عنه أو الشخص الذى حرره ليبدى ما يوضح حقيقة الأمر فيه[1].

ولا يتعين على منكر التوقيع بالختم أن يسلك سبيل الطعن بالتزوير إلا إذا أقر بصحة الختم أو ثبت للمحكمة صحته من الأدلة التى قدمها المتمسك بالورقة، فإذا لم تتوافر إحدى هاتين الحالتين كان الطعن بالإنكار جائزا، وكان للمحكمة أن تفصل فيه بأن يجوز لها الإحالة إلى التحقيق بالمضاهاة أو بشهادة الشهود، كما لها أن تسلك أحد هذين الطريقين، وأن تقضى بعدم صحة الورقة إذا ثبت لها مما تقدم إليها من أدلة أنها غير صحيحة وأنها لم تصدر ممن نسبت إليه[2].

وإذا أحيلت القضية إلى التحقيق، فيراعى أن يشتمل منطوق الحكم الصادر بالتحقيق فى حالة إنكار السند على:

(أ) ندب أخذ قضاة المحكمة لمباشرة التحقيق.

(ب) تعيين خبير أو أكثر لمضاهاة السند أو التوقيع.

مع مراعاة ما تقضى به المادة (١٣٧) والمادة (١٤٠) من قانون الإثبات اليمنى.

(جـ) تحديد اليوم والساعة اللذين يكون فيهما التحقيق.

(د) الأمر بإيداع المحرر المقتضى تحقيقه قلم الكتاب بعد بيان حالته على الوجه الذى هو عليه بالتفصيل، والتوقيع عليه من قاضى الإحالة لضمان عدم تغيير السند أو التلاعب فيه[3].

ويكلف قلم الكتاب الخبير بالحضور أمام القاضى فى اليوم والساعة المعينين لمباشرة التحقيق. وعلى الخصوم أن يحضروا فى الموعد المذكور لتقديم ما لديهم من أوراق المضاهاة والاتفاق على ما يصلح منها لذلك، فإن تخلف الخصم المكلف

---

(١) المادة (٢٨) إثبات مصرى، والمرجع السابق «٨ - نظرية الدعوى والإثبات»

(٢) المادة (٣٠) إثبات مصرى، ونقض مصرى جلسة ١٩٥٨/٦/٢٤، والمرجع السابق ص ٧٠٢.

(٣) وهذا ما تقضى به المادة (٢٢) إثبات مصرى، والمرجع السابق ص ٧٠٢.

بالإثبات بغير عذر جاز الحكم بسقوط حقه فى الإثبات ، وإذا تخلف خصمه -
اعتبار الأوراق المقدمة للمضاهاة صالحة لها[١] .

وللمدعى عليه بالتزوير أن يقدم إلى المحكمة الأوراق التى يرى إجراء المضا
عليها ، ولكن ليست المحكمة ملزمة بأن تطلب إليها شيئا منها ، وذلك تفريع :
الأصل القاضى بأن إحالة الدعوى إلى التحقيق بالمضاهاة أو شهادة الشهود ،
محلها إذا لم تقتنع المحكمة من وقائع الدعوى ومستنداتها برأى فى شأن الو
المطعون فيها بالتزوير ، ومن ثم ، فإنه يكون فى غير محله النص على الحكم المط
فيه بالمخالفة للقانون والإخلال بحق الطاعن فى الدفاع إذا لم تطلب منه المحك
أوراقًا لإجراء المضاهاة مكتفية بما قدمه المطعون عليه من هذه الأوراق[٢] .

وعلى الخصم الذى ينازع فى صحة المحرر أن يحضر بنفسه للاستكتاب
الموعد الذى يعينه القاضى لذلك . فإن امتنع عن الحضور بغير عذر مقبول -
الحكم بصحة المحرر[٣] .

قواعد وإجراءات المضاهاة:

تكون مضاهاة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع الذى حصل إنك
على ما هو ثابت فى خط أو إمضاء أو بصمة أصبع[٤] . وهذا ما تشير إليه ا
(١٤٠) إثبات يمنى .

ولا تقبل المضاهاة فى حالة عدم اتفاق الخصوم إلا فى الأحوال الآتية :

(أ) الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع الموضوع على محررات رسمية .

(ب) الجزء الذى يعترف الخصم بصحته من المحرر المقتضى تحقيقه .

---

(١) المادتان (٣٣)، (٣٤) إثبات مصرى ، والمرجع السابق .

(٢) وبذلك حكمت محكمة النقض المصرية بجلسة ١٤/ ٢/ ١٩٥٢ ومجموعة المكتب الفنى السنة ٣ ٤٩٣ ، والمرجع السابق .

(٣) وبذلك قضت المادة (١٣٥) إثبات مصرى ، وأصول المرافعات الشرعية ص ٧٠٣ .

(٤) المادة (٣٦) إثبات مصرى .

(جـ) خطه أو إمضاؤه الذى يكتبه أمام القاضى أو البصمة التى يطبعها أمامه[1].

ويجب بحسب الأصل أن تكون الأوراق التى تحصل المضاهاة عليها فى التقرير رسمية أو معترفا بها. فإذا كان مثلا عقد الإيجار الذى أجرى الخبير المضاهاة عليه لا يوجد فى أوراق الدعوى ما يدل على الاعتراف به، فإن الحكم الذى يعتمد فى قضائه على تقرير الخبير الذى أقيم على هذه العملية يكون معيبا[2].

وإذا ندبت المحكمة خبيرا لإجراء المضاهاة على بعض أوراق معينة قضت بقبولها للمضاهاة، فقصر المضاهاة على بعض هذه الأوراق دون بعض ثم سايرت المحكمة - وهى بسبيل إجراء المضاهاة بنفسها - الخبير فى استبعاد ما استبعده من الأوراق دون إبداء أسباب لذلك مع كون الأوراق المستبعدة من الأوراق المقبولة قانونا، ومع كون الحكم الصادر بندب الخبير لإجراء المضاهاة على تلك الأوراق واجب التنفيذ، فحكمها المقام على أساس هذه المضاهاة قد يكون مشوبا ببطلان جوهرى[3].

والمحكمة غير ملزمة بأن تقبل للمضاهاة كل ورقة رسمية لم يثبت تزويرها متى وجدت فى بعض الأوراق الصالحة للمضاهاة ما يكفى لإجرائها، وإن مناط قبول الأوراق العرفية للمضاهاة أن يحصل اتفاق الخصوم عليها[4].

ويجوز للقاضى أن يأمر بإحضار المحررات الرسمية المطلوبة للمضاهاة عليها من الجهة التى يكون بها أو ينتقل مع الخبير إلى محلها للاطلاع عليها بغير نقلها[5].

وفى حالة تسليم المحررات الرسمية لقلم الكتاب تقوم الصور التى تنسخ منها مقام الأصل متى كانت ممضاة من القاضى المنتدب للتحقيق والكاتب والموظف الذى

---

(١) مادة (٣٧) إثبات مصرى.
(٢) نقض مصرى جنائى جلسة ٢٢/ ٣/ ١٩٤٩، وأصول المرافعات ص ٧٠٤.
(٣) نقض مدنى مصرى جلسة ٢٥/ ٣/ ١٩٤٨، والمرجع السابق.
(٤) نقض مصرى جلسة ٢٦/ ٩/ ١٩٦٨، ومجموعة المكتب الفنى السنة ١٩ ص ٥٩٩ والمرجع السابق ص ٧٠٥.
(٥) مادة (٣٨) إثبات مصرى.

سلم الأصل. ومتى أعيد الأصل إلى محله ترد الصورة المأخوذة منه إلى قلم الكتاب ويصير إلغاؤها[1].

ويوقع الخصوم والخبير والقاضي والكاتب على أوراق المضاهاة قبل الشروع في التحقيق ويذكر ذلك في المحضر[2].

دعوى تحقيق الخطوط الأصلية:

ويجوز لمن بيده محرر غير رسمي أن يختصم من يشهد عليه ذلك المحرر ليقر بأنه بخطه أو بإمضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه، ولو كان الالتزام الوارد به غير مستحق الأداء. ويكون ذلك بدعوى أصلية بالإجراءات المعتادة تسمى دعوى تحقيق الخطوط الأصلية[3].

أحكام دعوى التزوير الأصلية واجراءات رفعها:

لم يبين قانون الإثبات اليمني حكم هذه الدعوى صراحة في الأحكام التي أوردها في الفصل الرابع من الأدلة الكتابية، والخاص بإنكار السند الكتابي والادعاء بتزويره وكل ما صرح به القانون في مواده هو جواز ذلك في أثناء رفع الدعوى والاحتجاج بالسند، ولكنه من جهة أخرى لا يمنع من أن تكون مثل هذه الدعوى وإن كان لم يصرح بها.

ومضمون هذه الدعوى هو أنه يجوز لمن يدعي التزوير أن يرفع دعوى تزوير أصلية في مواجهة من يتمسك بالورقة. وصورة هذه الدعوى أن يعلم شخص أن بيد شخص آخر ورقة مزورة، سواء أكانت رسمية أم عرفية، ويخشى الاحتجاج عليه بهذه الورقة فيرفع دعوى أصلية على من بيده الورقة بالطريق المعتادة لرفع الدعاوى يطلب فيها الحكم بتزوير الورقة ويقوم المدعي بإثبات تزويرها طبقا للأوضاع التي نص عليها القانون لإثبات صحة الأوراق، وتراعي المحكمة في هذه

---

(١) مادة (٣٩) إثبات مصري وأصول المرافعات ص ٧٠٦.

(٢) مادة (٤٠) إثبات مصري والمرجع السابق.

(٣) مادة (٤٥) إثبات مصري، والمرجع السابق، وقواعد المرافعات للأستاذين محمد وعبد الوهاب العشماوي ٤٩٦، والمرافعات المدنية للدكتور أحمد أبو الوفا الطبعة السابقة ص ٨١٩.

الدعوى وفى الحكم فيها القواعد المنصوص عليها فى شأن الادعاء بالتزوير وتحقيق الخطوط بقدر ما تتفق والعمل بهذه القواعد مع طبيعة الدعوى الأصلية[1]. وعلى ذلك فلا يشترط في هذه الدعوى التقرير بالطعن بالتزوير فى قلم الكتاب ولا إعلان مذكرة شواهد التزوير، لأنهما يتنافيان مع طبيعتها وكونها دعوى مبتدأة. إذ إن ما تضمنته صحيفة الدعوى بيانات قضت المادة (٧٠) مرافعات يمنى تغنى عن التقرير بالطعن بالتزوير وعن مذكرة شواهد التزوير ذلك أن فى ذكر الدعوى، وطلبات المدعى ما يبين مواضع التزوير والشواهد عليه وطريقة تحقيقها.

ولا يجوز الالتجاء إلى دعوى التزوير إلا إذا لم يحصل بعد الاحتجاج بالورقة المدعى تزويرها فى نزاع قائم أمام القضاء، إذ ينبغى فى الحالة الأخيرة للخصم بدلا من الادعاء أصليا بالتزوير أن يسلك الادعاء بالتزوير كوسيلة دفاع[2].

ويرفع مدعى التزوير هذه الدعوى الأصلية قبل أن يتمسك بالورقة فى مواجهته وتقتصر مهمة المحكمة على القضاء بصحتها أو تزويرها. وعلى المحكمة أن تراعى فى تحقيق هذه الدعوى والحكم فيها قواعد الادعاء بالتزوير[3].

وقواعد المرافعات الخاصة بإجراءات الجلسة ونظامها فى الفصل الأول من الباب الخامس والتى تضمنتها المواد: (١٠٩ ـ ١١٦)، وفى الفصل الأول من الباب السادس المواد (١٢٦ ـ ١٣١) وفى الفصل الثانى المواد (١٣٢ ـ ١٣٨) والفصل الثالث المواد (١٣٩ ـ ١٤٣)، والفصل الأول من الباب السابع المواد (١٤٠ ـ ١٤٤) والفصول الثانى والثالث والرابع والخامس المواد (١٤٦ ـ ١٥٣)، والفصول الأول والثانى والثالث والرابع من الباب الثانى المواد (١٥٤ ـ ١٧٩) والباب التاسع المواد (١٨٠ ـ ١٨٨) مرافعات يمنى.

---

(١) المادة (٥٩) إثبات مصرى، وأصول المرافعات الشرعية ص ٧٠٨. وطبقا لما تقضى به المادة (٧٠) من قانون المرافعات اليمنى رقم ١٢١ لسنة ١٩٧٦، فإنه لا يشترط أن ترفع الدعوى كتابة، بل يصح الادعاء بها شفاها. وانظر مجموعة القوانين الإسلامية اليمنية ص ٢٩١.

(٢) نقض مصرى جلسة ١١/ ١١/ ١٩٦٥، والمرجع السابق ص ٧٠٩.

(٣) المرجع السابق، والمرافعات المدنية للدكتور أحمد أبو الوفا، الطبعة الثامنة ص ٧٩٥، ومبادئ قانون القضاء المدنى للدكتور فتحى والى، الطبعة الثانية ص ٤٦٦، ومجموعة القوانين الإسلامية ص ١٩٢، ٢٠١ وما بعدها.

الباب السادس

اليمين والرد والنكول

المبحث الأول
اليمين

تعريف:

تعرف المادة (١٤٤) من قانون الإثبات اليمنى اليمين: بأنها «حلف لإثبات الواقعة المتنازع عليها أو لنفيها تؤدى من الخصم الذى وجهت إليه بالصيغة التى تقرها المحكمة».

ولابد أن تكون هذه الصيغة شرعية، والصيغة الشرعية: أن يحلف الحالف بالله، أو يقسم به، أو يشهد عليه، كأن يقول: «أحلف بالله» أو «أشهد الله على كذا»(١).

إلا أن المادة (١٥) تشترط أن تكون من الحالف بلفظ «أحلف بالله العظيم».

وأما رد اليمين، فتعرفه المادة (١٤٥) بأنه: «طلب الخصم الذى وجهت إليه اليمين أصلا ردها إلى خصمه ليحلفها هو بالصيغة التى تقرها المحكمة».

والنكول تعرفه المادة (١٤٦) بأنه: «امتناع الخصم الذى وجهت إليه اليمين عن حلفها الواجب عليه شرعا دون أن يردها عليه خصمه فى الأحوال التى يجوز فيها الرد»(٢).

أقسام اليمين:

واليمين تنقسم إلى قسمين رئيسيين، هما:

---

(١) المصباح المنير ٢/١٤٨، ومجموعة القوانين الإسلامية ص ١٣٢.
(٢) مجموعة القوانين الإسلامية ص ١٣٢.

١ ـ يمين المدعى لإتمام بينته إذا كانت بينته الشرعية ناقصة فيما يجوز فيه الشاهد، واليمين لإثبات الحق الذى يدعيه قبل المدعى عليه، وهى اليمين المتممة أو يمين الاستظهار، ولا يجوز ردها على الخصم.

٢ ـ يمين المدعى عليه لدفع الدعوى الموجهة إليه من المدعى الذى لم يقدم البينة أو طلب توجيهها إليه، أو أو لتصحيح الدعوى وتسمى هذه اليمين باليمين الحاسمة. ويجوز ردها على الخصم الآخر[١].

يمين المدعى عليه:

هذا ولا خلاف بين أحد من الفقهاء فى يمين المدعى عليه للنص الشرعى الوارد فى ذلك وهو قوله ـ ﷺ ـ للمدعى: «بينتك أو يمينه» أى يمين المدعى عليه فقد روى من طريق مسلم بن الحجاج عن علقمة أنه قال: «كنت عند رسول الله ـ ﷺ ـ فزتاه رجلان يختصمان فى أرض فقال النبى ـ ﷺ ـ للطالب بينتك؟ قال: ليس لى بينة قال: يمينه؟ قال: إذا يذهب بمالى؟ قال رسول الله ـ ﷺ ـ ليس لك إلا ذلك»[٢]. كما روى عن ابن عباس رضى الله عنه: أن رسول الله ـ ﷺ ـ قضى أن اليمين على المدعى عليه. وقال: لو أن الناس أعطوا بدعواهم لادعى ناس دماءقوم وأموالهم» أى بغير حق[٣] وقوله ـ ﷺ ـ: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر» وقوله ـ ﷺ ـ للحضرمى الذى ادعى عنده على كندى أنه اغتصب أرضه: «شاهداك أو يمينه»[٤].

يمين المدعى:

والحكم بالشاهد الواحدالرجل مع يمين المدعى أو بامرأتين مع يمينه هو قول

(١) المادة ٤٧ فقرتى (١ ، ٢) إثبات يمنى.

(٢) المحلى ١٠/ ٥٢٧ وأقضية النبى ﷺ لابن فرج ص ١٠٥.

(٣) المرجع السابق ص ٥٣٤.

(٤) تاريخ القضاء فى الإسلام للدكتور البهى ص ٥٦، ١٠٥، والمحلى ١٠/ ٥٧٧.

جمهور الفقهاء سلفا وخلفا، وهم المالكية والشافعية والظاهرية والإمامية والحنابلة لما رواه مسلم «من أن النبى - ﷺ - قضى بالشاهد واليمين»، ولما رواه البيهقى فى خلافياته «أن النبى - ﷺ - قضى بشاهد ويمين عن نيف وعشرين صحابيا»، وقد حكم بالشاهد واليمين الخلفاء الرشدون الأربعة بعد النبى - ﷺ -، كما كتب بذلك عمر بن عبدالعزيز - رضى الله عنه - للحكم به إلى عماله فى جميع الأمصار[1].

أما الحنفية والزيدية فقد خالفا الجمهور وقالا بعدم صحة الشاهد واليمين فى الإثبات اقتصارا على الأحاديث التى بينت نصاب الشهادة، وليس من بينها الشاهد واليمين، وبما ورد فى القرآن الكريم فى نصاب الشهادة، وردا على قول الجمهور بأن الأحاديث التى رويت فى الشاهد واليمين أحاديث آحاد، وحديث الآحاد عند الحنفية لا ينسخ القرآن. وقد رد الجمهور بأن الحديث إذا ثبت صحته صلح للحكم به فى كل شىء، ورد على ذلك بأن قضاء النبى بالشاهد واليمين بلغ من الشهرة حد التواتر لما رواه البيهقى من أن النبى - ﷺ - قضى بشاهد ويمين عن نيف وعشرين صحابيا، والدليل على ذلك قضاء الخلفاء الراشدين جميعا بالشاهد واليمين بعد النبى - ﷺ - كما سبق القول[2].

ومع اتفاق الجمهور على مبدأ العمل والحكم بالشاهد واليمين إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم فى مدى العمل به. فعند الظاهرية فى جميع الحقوق إلا حقوق الله الخالصة فى الحدود، وعند الإمامية فى حقوق العباد المحضة، وعند الشافعية، والمالكية فى حقوق العباد المالية فقط وزاد مالك عليها القسامة[3].

هذا وقد أخذ قانون الإثبات اليمنى بقبول يمين المدعى فى بينته الناقصة فى كل الحقوق والأموال الخاصة بالعباد، وهذا ما تقضى به المادة (١٦٠) من القانون[4].

---

(١) مغنى المحتاج ٤/ ٤٤٣، وحاشية الدسوقى ٤/ ١٨٩، والمحلى ١٠/ ٥٨٥، وعيون الأزهار ص ٤٤٠، وتاريخ القضاء فى الإسلام ص ٤٨، وأقضية النبى - ﷺ - ص ١٠٦، وأصول المرافعات الشرعية ص ٧٨٠.

(٢) المحلى ١٠/ ٥٨٥ وما بعدها، ومغنى المحتاج ٤/ ٤٤٣.

(٣) المراجع السابقة.

(٤) مجموعة القوانين الإسلامية ص ١٣٤.

المبحث الثانى
النكـول والـــرد[1]

والقضاء بالنكول سواء كان هذا النكول من المدعى عليه أو من المدعى هو قول جمهور فقهاء الشافعية والمالكية والزيدية والإمامية والإسماعيلية والمحققين فى المذهب الحنبلى كابن تيمية وابن القيم وبعض الحنفية .

وأما جمهور الحنفية ، فإنهم يقضون بنكول المدعى عليه ولا يرون إيقاف الحكم على الرد أو طلب رد اليمين على المدعى ، بل يحكم القاضى عند امتناع المدعى عليه عن أداء اليمين الموجهة إليه حتى وإن طلب الرد على المدعى ، وذلك لأن النكول عندهم لا يخرج عن كونه بذلا كما قال الإمام أبو حنيفة ، أو إقرارا أى فى حكم الإقرار ، وبدلا عنه وقائما مقامه فى قطع الخصومة عند الصاحبين أبى يوسف ومحمد ؛ لأن النكول عن اليمين يدل على أن الناكل كاذب فى إنكاره السابق ومقر فى ا لمعنى بما ادعاه المدعى ، ولولا ذلك لما نكل ، لأن اليمين الصادقة فيها الثواب بذكر الله تعالى وجه التعظيم ، وفيها صيانة مال الحالف وعرضه بدفع تهمة الكذب عن نفسه ، والعاقل يميل إلى مثل هذا طبعا . واليمين الكاذبة فيها هلاك النفس ، فالظاهر أنه أعرض عنها مخافة الهلاك مخالفا هواه وشح نفسه ، ومؤثرا الرجوع إلى الحق وهو أولى من التمادى فى الباطل .

والظاهرية لا يحكم عندهم بنكول ولا برد ، بل يجبر المدعى عليه على اليمين عند الامتناع عنها ، ولو كان ذلك بواسطة الضرب أو الحبس ، حيث لابد من إقراره أو حلفه بفض الخصومة ؛ لأن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه عند العجز عنها ، والامتناع عنها يضيع الحق عن صاحبه عند عدم البينة . فوجب إجباره

---

(١) المحلى ١٠/٥٢٧ .

عليها لمصلحة صاحب الحق؛ لأنها في حق المدعى عليه كالبينة بالنسبة له، فوجب المصير إليها، ولأنه لم يأت قرآن ولا سنة بالحكم بالنكول.

والقول عند الشافعية والمالكية: إنه لا يقضى بنكول المدعى عليه، بل يجب رد اليمين على المدعى وإن لم يردها المدعى عليه أو يطلبها المدعى؛ لأن ذلك من الإجراءات القضائية الواجبة في الدعوى، وذلك لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة، كما هو الشأن في المسلم، ويحتمل الترفع عن اليمين الصادقة كما منع عثمان لما وجهت إليه اليمين فامتنع عنها، وقال: «إني أخاف أن يوافقها قضاءفيقال: إن عثمان حلف كاذبا، ويحتمل اشتباه الحال بألا يدري أنه صادق في إنكاره أو كاذب فيه فيمتنع. ويظهر هذا ظهورا بيّنا فيما إذا كان بين المتداعين تعامل وحساب جار طال عليه الزمن، وإذا كان الأمر كذلك، فلا يصح أن يكون نكول المدعى عليه حجة في هذا الاحتمال، بل ترد اليمين على المدعى. فإن حلف قضى عليه بما ادعاه، وإن نكل لا يحكم له بشيء بل يخسر الدعوى[1].

والقضاء بالنكول هو في الحقيقة قضاء بالقرائن كما قال ابن فرحون، لأن نكول المدعى عليه عن اليمين قرينة مرجحة لدى القاضي بأن الحق المدعى به عليه يلزمه لأنه كان في إمكانه بعد إنكاره عند الإجابة على دعوى المدعى أن يحلف اليمين لتأكيد هذا الإنكار، فلما لم يحلف اعتبر ذلك دليلا لدى القاضي في عدم صحة إنكاره. ولكن لما كان هذا الإنكار لا يعتبر إقرارا صريحا فقد اعتبر في معنى الإقرار أي قرينة مرجحة لدى القاضي على صدق دعوى المدعى، وزيادة في التأكيد ووضوح الأمر لدى القاضي فقد اعتبر رد اليمين على المدعى لاستكشاف صدق دعواه بهذه القرينة التي ترجحت عند الحاكم، فإذا حلف؛ تأكد الدليل لدى القاضي وحكم للمدعى. وإن نكل المدعى ظهر للقاضي أن نكول المدعى عليه كان دليلا قاصرا للحكم عليه بأنه قد اعترف بالحق وأنه كان صادقا في إنكاره فيحكم برفض الدعوى لعدم الدليل[2].

على أن الحكم بالنكول مطلقا سواء كان من المدعى أو من المدعى عليه إنما يترتب

---

(١) طرق القضاء ص ٢٤٠.

(٢) تبصرة الحكام، وطرق القضاء ص ٢٤٠.

على القـول بجـواز رد اليـمين من المدعى عليه على المدعى . فـمن قال بالرد صحح الحكم بنكول المدعى ، ومن لم يجـوز الرد حكم بنكول المدعى عليـه فـقـط . ومن التحقيق العلمى يتضح أن هناك أقوالا أربعة للعلماء فى هذه المسألة الأولى للحنفية وهو عدم الرد ، والثانى للشافعية والمالكية والزيدية ومن وافقهم بالرد ، والثالث لابن تيمية وهو التفصيل ، والرابع للظاهرية وهو عدم الرد وعدم الحكم بالنكول .

ودليل الأحناف أولاً : قوله ـ ﷺ ـ : «لو أعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء ناس وأموالهم بغير حق ، ولكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر» وأل للاستغراق وقد حصر الحديث البينة على المدعى واليمين أى جنس اليمين على المدعى عليه . ولهذا لا تقبل يمين المدعى ، بل تقبل منه البينة . . ثانيا : ما رواه شيخ الإسلام جواهر زادة فى مبسوطه عن عمر ، وعثمان وعلى وعبدالله بن عمر وابن عباس ، وأبى موسى الأشعرى ـ رضى الله عنهم جميعا ـ أنهم قضوا بنكول المدعى عليه ، ولم يرو عن أقرانهم خلاف ذلك فحل محل الإجماع عندهم على ما ذكره الزيلعى الحنفى . فـقـد روى عن عـمـر ـ رضى الله عنه ـ أن امـرأة ادعت عنده على زوجها أنه قال لها حبلك على غاربك ، فحلف عمر الزوج «ما أراد طلاقا» فنكل فقضى عليه بالفرقة[1] . كما روى مالك أن عبدالله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة من كل عيب ، فقال الذى ابتاعه لعبدالله بن عمر بعد أن قبض الغلام : «إن بالغلام داء» . فقال عبدالله : «إنى بعته بالبراءة» . فقضى عثمان على عبدالله باليمين أن يحلف له ، «لقد باعه الغلام وما به داءيعلمه» فأبى عبدالله أن يحلف له فحكم عليه عثمان بنكوله فارتجع الغلام ورد الثمن[2] .

ولقد استدل الشافعية والمالكية ومن وافقهما كالأوزاعى وإبراهيم النخعى وابن شرين ، وشريح القائلين برد اليمين على المدعى بجملة من الأدلة منها :

أولا: ما رواه الدارقطنى والبيهقى والحاكم وصح إخباره من حديث نافع عن ابن عمر أن رسول الله ـ ﷺ ـ رد اليمن على طالب الحق[3] .

) الزيلعى ، وطرق القضاء ص ٤٦٤ .

) الطرق الحكمية ، وطرق القضاء ص ٢٦٥ .

) أى طلب أداها إليه وردها عليه عند حلول الأجل أو الميسرة .

وثانيا: بما رواه أبو عبيد عن الشعبى : «أن المقداد استسلف من عثمان سبعة آلاف درهم فلما قضاها[1] أتاه بأربعة آلاف فقال عثمان : إنها سبعة ، فقال المقداد ما كانت إلا أربعة . فلم يزالا حتى أتيا إلى عمر ، فقال المقداد يا أمير المؤمنين ليحلف أنها كما يقول وليأخذها . فقال عمر : أنصفك ، احلف أنها كما تقول وخذها . فلم يحلف عثمان ـ رضى الله عنه ـ. فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر إنها كانت سبعة آلاف ، قال : ما منعك أن تحلف ، فقال : أخاف أن يوافق قدر يمينى هذا بسبب يمينه الكاذبة . كما روى عن على ـ رضى الله عنه ـ أنه حلف المدعى بعد نكول المدعى عليه . وروى عن شريح أنه كان يقضى برد اليمين فإذا قضى على المدعى عليه باليمين أى قال له احلف فردها على الطالب فلم يحلف لم يعطه شيئا[2] .

وثالثا: بأن اليمين إنما وجبت فى الابتداء على المنكر لكون الظاهر يشهد له فإن نكل كان الظاهر شاهدا للمدعى فيحلف لأنه صار من هذه الحيثية منكرا لتمسكه بالظاهر .

ورابعا: بأن النكول يحتمل أن يكون لأجل اشتباه الحال أو لأجل التورع عن اليمين الكاذبة . أو لأجل الترفع عن اليمين الصادقة كما فعل عثمان ـ رضى الله عنه ـ. وإذا كان النكول كذلك فلا يكون حجة مع الاحتمال فلا يقضى به لأنه لا حكم مع التردد[3] .

وخامسا: لأن المنكر لما طُلبت منه اليمين التى هى واجبة عليه شرعا ولا يندفع عنه الحق إلا بفعلها قد رضى لنفسه بأن يحلف المدعى بأن هذا الأمر الذى ادعاه ثابت على المنكر وقنع بذلك وزحزح اليمين المتوجهة عليه بهذا الرد ، فإذا حكم على المدعى بهذه باليمين التى يحلفها المدعى فذلك لكونه قد رضى بها عوضا عن اليمين التى عليه وألزم نفسه بالمدعى إذا حلف المدعى . وللإنسان أن يلزم نفسه ما شاء بما شاء . وقد اعتبر ذلك الأحناف من باب المصالحة عن اليمين[4] .

---

(١) مغنى المحتاج ٤/ ٤٧٧ .

(٢) الطرق الحكمية ، وطرق القضاء ص ٢٦٤ .

(٣) مغنى المحتاج ٤/ ٤٧٧ .

(٤) انظر طرق القضاء ص ٢٦٧ .

والذى حققه شيخ الإسلام ابن تيمية[1] أن النكول وحده يقضى به فى مواضع ورد اليمين لابد منه فى مواضع أخرى. فاليمين لا ترد على المدعى إلا إذا كان عالما بما يدعيه قطعا بأن يكون مدعيا بفعل نفسه لا بفعل غيره، أو يكون مدعيا على مال نفسه لا على مال غيره. يقول ابن تيمية: «ليس المنقول عن الصحابة ـ رضى الله عنهم ـ فى النكول ورد اليمين بمختلف، بل هذا له موضع وهذا له موضع، ففى كل موضع أمكن المدعى معرفة المدعى والعلم به، فردت عليه اليمين من المدعى عليه فإنه إن حلف استحق، وإن لم يحلف لم يحكم له بنكول المدعى عليه كما فى حكومة عثمان والمقداد. وفى كل موضع لا يعلم المدعى جلية الأمر حكم عليه بالنكول ولم ترد اليمين على المدعى كحكومة عبدالله بن عمر وغريمه فى مسألة الغلام، وهى مما استدل بها الحنفية وأحمد على الحكم بالنكول وعدم الرد، فإن عثمان قضى عليه بأن يحلف لقد باعه الغلام وما به داءيعلمه، وهذا يمكن أن يعلمه البائع. فإنه إنما استحلفه على نفس العلم، فلما امتنع عن هذه اليمين قضى عليه بنكول إذا لم تبق حاجة لرد اليمين على المدعى. وعلى هذا إذ وجد شخص بخط أبيه فى دفتره أن له على فلان كذا فادعى به عليه فنكل هذا الابن وسأل إحلاف المدعى أن أباه أعطانى هذا لا يجاب إلى طلبه لأن المدعى عليه هو الذى ينفرد بعلم ذلك، أما إذا ادعى شخص على آخر بأنه محال من قبل شخص ثالث عليه بمال هو عليه دين له فأنكر المدعى عليه ونكل عن اليمين وقال للمدعى أنا لا أعلم أن فلانا أحالك على، ولكن أحلف وخذ فلا يحكم بالنكول عليه بل لابد من رد اليمين على المدعى ليحلف بأن المحيل أحاله لأن هذا العلم لا يعلم إلا من جهته.

والمختار والذى نرجحه هو رأى ابن القيم لأن فيه تفصيلا حسنا وعلى هذا التفصيل يمتنع التعارض الظاهر بين الفقهاء بما استدلوا به من أدلة قد تتعارض فى الظاهر، والتوثيق عند الإمكان أولى من الإهمال أو ترك البعض والأخذ بالبعض بدون مرجح قوى.

أما قول الظاهرية وابن حزم بأن الحكم بالنكول أو الرد لم يأت به قرآن ولا سنة

---

(١) انظر الطرق الحكمية له، وطرق القضاء لأحمد إبراهيم ص ٢٦٧. «٩ ـ نظرية الدعوى والإثبات»

ولا إجماع فهو قول قاصر يحتاج إلى دليل، بل يتعارض مع المصلحة الشرعية وقد سبق للفقهاء كثير من الأدلة التى تجوز الحكم بالنكول وباليمين المردودة[1].

هذا وقد أخذ قانون الإثبات اليمنى بمبدأ الرد بعد النكول ولكن لم يعتبر ذلك الرد أمرا واجبا على القاضى ولا من الإجراءات القضائية التى يترتب على مخالفتها بطلان فى الحكم، بل جعل ذلك من حق من وجهت إليه هذه اليمين بحيث يحلف، أو يطلب الرد عند عدم الحلف إلى خصمه، فإذا ما طلب ذلك أجابه القاضى إلى طلبه وجوبا (مادة ١٤٥). وإن امتنع عن الحلف ولم يرد اعتبر ناكلا وحكم عليه بمقتضى ذلك النكول (مادة ١٤٦) سواء كان ذلك النكول صراحة أو ضمنا. وبهذا يكون المقنن اليمنى قد أخذ بقول الجمهور فى رد اليمين عند النكول وإن اعتبره جائزا يتوقف على طلب صاحب الحق فيه وهو المدعى عليه الذى وجهت إليه اليمين أصلا، ولا واجبا كما يقول الشافعية والمالكية. كما أخذ بقول الأحناف ومن وافقهم فى ا لحكم بالنكول وإن اشترطوا لذلك شرطا وهو عدم رد اليمين أو طلب ذلك (مادة ١٣٦). فإن ردها لم يحكم بمقتضى النكول، لأن اليمين حقه وله ردها إذا لم يحلف وقد نصت المادة (١٥٨) إثبات يمنى على ذلك صراحة حيث قالت «كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها على خصمه، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر الدعوى، فإن كان المدعى عليه حكم للمدعى بطلباته، وإن كان المدعى حكم برفض دعواه».

ويكون النكول صريحا إن قال من وجهت إليه اليمين لا أحلف ويكون ضمنا إن امتنع عن أداء اليمين بعد توجيهها إليه أصلا أو ردا (مادة ١٥٩).

ولا تعتبر اليمين المردودة لازمة للحكم بمقتضاه عند النكول عنها إلا إذا كانت عن طريق المحكمة وبالصيغة التى تقررها (مادة ١٥٥) طبقا لما تقضى به المواد (١٥٠، ١٥١، ١٥٢، ١٥٣).

وتقضى المادة (١٥٠) بانه يشترط فى الحالف أن يكون مكلفا مختار غير محجور عليه، كما تقضى المادة (١٥١) بأنه يشترط فى صيغة اليمين أن تؤدى بقول الحالف

---

(١) المرجع السابق.

بالعبارة: «سأحلف بالله العظيم، ثم يذكر الواقعة المراد للحلف عليها» ويجوز أن تكون الصيغة بالكناية الدالة على ذلك أو بالإشارة المعهودة من الأخرس إن كان لا يعرف الكتابة.

كما تقضى المادة (١٥٢) بأنه يجب أن تكون الواقعة المراد الحلف عليها متعلقة بشخص الحالف وإلا انصبت على مجرد علمه بها.

وللمحكمة أن تعدل من صيغة اليمين بحيث تنصب على الواقعة المراد إثباتها ولا يجوز توجيه اليمين على واقعة مخالفة للشرع أو للنظام العام أو الآداب العامة (مادة ١٥٢).

والعبرة عند الحالف على الحقوق هى بنية الحلف لا بنية الحالف (مادة ١٥٣). ويجوز بناء على طلب الخصم وإلى ما قبل النكول تغليظ اليمين بالصيغة التى تقبلها المحكمة وترى فيها المصلحة (مادة ١٥٦).

ولا قيمة لليمين إذا لم تؤد أمام المحكمة أو القاضى المنتدب فى مجلس القضاء وفى وجه الخصم (مادة ١٦٣). وإذا لم ينازع من وجهت إليه اليمين لا فى جوازها ولا فى تعلقها بالدعوى وجب عليه إن كان حاضرا بنفسه أن يحلفها فورا أو يردها على خصمه إذا كان ردها جائزا وإلا اعتبر ناكلا. ويجوز للمحكمة أن تعطيه ميعادا للحلف إذا رأت لذلك وجها. فإن لم يحضر للحلف فى الميعاد اعتبر ناكلا (مادة ١٦٤).

فإن نازع من وجهت إليه اليمين فى جوازها أو فى تعلقها بالدعوى أو نازع وكيله أو المنصوب عنه فصلت المحكمة فى المنازعة فى الحال طبقا لما تقرره المحكمة وتقرره فى ذلك الشأن، فإن ظهر لها أن اليمين جائزة وفى محلها اعتبرت المنازعة فى توجيهها نكولا ضمنيا وحكمت بمقتضاه. وإن ظهر لها العكس فلا تعتبر ذلك النزاع نكولا عن اليمين، بل عليها أن تعدل فى صيغة اليمين بما يتفق مع الدعوى إلا إذا طلب الخصم توجيهها على وجه معين سواء كان ذلك على القطع أو على نفى العلم (مادة ١٦٥) وإذا كان من وجهت إليه اليمين غائبا كلفت المحكمة خصمه بإعلانه بصيغة اليمين التى تراها المحكمة وبالميعاد المحدد للحلف، فإذا حضر وامتنع أو تخلف بغير عذر بعد إعلانه اعتبر ناكلا عن اليمين (مادة ١٦٦) وللخصم العود إلى

الحلف بعد نكوله ما لم يحكم بنكوله حقيقة أو تنزيلا على المعتمد، وإلا فليس له العود إلا برضاء المدعى[1] ويسن للقاضى أن يعرض اليمين على المدعى عليه ثلاث مرات عند النكول[2].

وللقاضى جوازا أن يبين النكول للجاهل به كأن يقول له : إن نكلت عن اليمين ولم تردها على المدعى حكم عليك بالحق المدعى به ولا يعتبر هذا من تلقين الدعوى. ولا يكون ذلك ذريعة للطعن على حكم القاضى بعدم نزاهته فى القضاء ورد حكمه[3].

وللمدعى أن يوجه اليمين الحاسمة إلى المدعى عليه، وللمدعى عليه أن يردها على المدعى ولا يجوز لمن وجهت إليه وردها على خصمه أن يرجع فى ذلك متى قبل خصمه للحلف (مادة ١٥٤). لأن اليمين بعد الرد أصبحت من حق الخصم الآخر فلا ينزع منه هذا الحق إلا برضاه، فإن لم يقبل الخصم الآخر الرد أو الحلف أو لم يرد، بل نكل فقط فله الحلف ثانية بعد النكول ما لم يحكم القاضى بالنكول صراحة أو ضمنا.

ويكلف الحالف من غير المسلمين أن يؤدى اليمين وفقا للأوضاع المقررة فى ديانته إن طلب ذلك (مادة ١٦٧) ويجب أن يحرر الكاتب محضرا يثبت فيه حلف اليمين يوقعه الحالف ورئيس المحكمة أو القاضى المنتدب، والكاتب (مادة ١٦٨).

---

(١) مغنى المحتاج ٤/ ٤٧٨.
(٢) المرجع السابق.
(٣) المرجع السابق.

الباب السابع

القـــــرينـــة

المبحث الأول
القرينة القاطعة

تعـــريف:

القرينة القاطعة هى : ما علم من الأمارات ودلائل الحال المصاحبة للواقعة المراد إثباتها ؛ بحيث يقطع المستدل بأن هذه الأمارات هى سبب العلم اليقينى الذى حصل عنده فى هذه الواقعة بالذات بدون تردد ولا احتمال (مادة ١٦٩).

أنواع القرائن القاطعة:

والقرائن القاطعة نوعان:

الأول: قرائن قاطعة شرعية لا تقبل إثبات العكس بحيث تغنى من قررت لمصلحته عن أى دليل آخر (مادة ١٧٠) كقرينة : الولد للفراش ، وحجية الحكم الصحيح الصادر من أهله والنكول عن اليمين ، والصيغة فى صحة العقد ، والقصاص بأن القتل كان عمدا عدوانا ، وأن القاتل كان مكلفا ، وعقد البيع على نقل الملكية ، وعقد العارية على نفى الملك ووجوب رد العين المستعارة ، والآلة القاتلة بذاتها على نية القتل وقصده إذا لم تكن بينة على العكس وهكذا ، كعقد النكاح الصحيح فى حل المرأة للرجل بعد أن كانت محرمة عليه . وقس على ذلك ، كالتكليف بالصلاة على حصول البلوغ للمكلف .

والثانى: قرائن قاطعة قضائية وهى ما تستنبطه المحكمة من الأمور الواقعية التى تدل على صور الحال ، كخروج شخص من دار وبيده سكين تقطر دما مع وجود قتيل فى تلك الدار ليس بها غيره (مادة ١٧٠).

هذا ولا نعتقد وجود شك أو معارضة أو خلاف حول حجية القرائن القاطعة الشرعية، وذلك لأنها بطبيعتها أدلة شرعية مقبولة إذا كانت هذه الأدلة مستوفية لكل أركانها وشروطها طبقا لإدارة المشرع الإسلامى وما بينه فقهاء الإسلام فى هذا المجال، وذلك لأن الشارع هو الذى بيّن طرق الحكم وأساس الحق بهذه الأدلة وتسمية هذه الأدلة بالقرائن باعتبار المجتهد أو القاضى لا باعتبار المشرع والحاكم الأصلى، أى باعتبار أن هذه الأدلة الشرعية أمارات للقاضى أو المجتهد لاستخراج الحكم الشرعى الصحيح فى القضية المعروضة عليه حسب إرادة المشرع فى هذا المجال. ولما كانت القرائن هى عبارة عن وسائل مادية (قولية أو فعلية) موصلة إلى دليل شرعى واضح مباشر فى القضية المطلوب الحكم فيها اعتبرت الأدلة الشرعية المتفق عليها قرينة شرعية بهذا الاعتبار. فكان تسمية الأدلة الشرعية المعروفة عند فقهاء الإسلام بالقرائن القاطعة الشرعية مجازا باعتبار المستنبط أو المجتهد والعلاقة هى السببية. فإذا نظرنا إلى هذه الأدلة باعتبارات هذه السببية كانت أمارات شرعية قطعية، وإذا نظرنا إليها باعتبار المشرع والحاكم الأصلى وهو الله كانت أدلة شرعية بذاتها لا أمارات، لأن المشرع وهو الله لا يحتاج إلى أمارات تدله على الحكم الصحيح أو وجهه بين العباد.

وقد جاء نص المادة (١٦٩) منطبقا مع هذا المفهوم الذى أوضحناه.

ولهذا كانت القرائن الشرعية القطعية حجة ملزمة يجب العمل بمقتضاها والحكم بها طبقا لما تدل عليه هذه القرائن، ولا يجوز إهمالها أو نقضها سواء كان ذلك بالنسبة للقاضى أو الخصوم، وهذا ما تقضى به صراحة المادة (١٧١) من قانون الإثبات اليمنى رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٦ حيث قالت: «كل قرينة شرعية لا يجوز نقضها ويتعين الأخذ بها والحكم بمقتضاها»، وقد قرر هذا الحكم الذى جاء بهذه المادة بناء على تعريف القرينة القاطعة الذى أوردته المادة (١٦٩) من نفس القانون، فقد جاء نصها كالآتى: «القرينة القاطعة هى ما علم من الأمارات ودلائل الحال المصاحبة للواقعة المراد إثباتها. فتدل بطريق القطع الذى لا يقبل الاحتمال أصلا على ثبوتها[1].

(١) مجموعة القوانين الإسلامية ص ١٣٦.

وإذا كان ليس ثمة خلاف حول القرائن القاطعة الشرعية أو حجيتها، فقد ثار الخلاف بين الفقهاء حول القرائن القاطعة القضائية ومدى حجيتها والالتزام بها فى الأحكام حيث اعتبرها البعض وألغاها ولم يعتبرها البعض الآخر من هؤلاء الفقهاء. وإن كان الظاهر قبل التحقيق أن كل فقهاء المذاهب المعتمدة والغالبية من فقهاء الإسلام لا يعتبرون هذه القرائن ولا الأحكام الصادرة بمقتضاها. وأن البعض أو القلة النادرة منهم هى التى اعتبرت هذه القرائن وجوزتها وصححت ما بنى عليها من أحكام شرعية. وسيتضح لنا بعد التحقيق العلمى الذى سنأتى به هنا إن شاءالله أن خلاف الفقهاء حول هذه القضية إنما هو خلاف فى الشكل لا فى المضمون أى فى الاسم لا فى الجوهر كما هو الحال بالنسبة للخلاف الذى جرى بين الفقهاء بالنسبة للاستحسان كدليل من الأدلة الشرعية، وغيره من الأدلة الفرعية غير القرآن والسنة. حيث اعتبرها البعض ولم يعتبرها البعض الآخر، وإن أخذ بها الجميع بشكل أو بطريق آخر هو من وجهة نظره صحيح يؤيده الدليل الأصلى، سواء كان من القرآن أو من السنة[1]، فقد حكى بعض الفقهاء أن الحكم بالقرينة مجمع عليه كما ذكره الشيخ أحمد إبراهيم نقلا عن الحافظ، والطرق الحكمية وتبصره ابن فرحون (طرق القضاء ص ٤٤) وإن تقدم التحقيقات الجنائية الآن مكن المحققين من الوصول إلى قرائن تكاد تكون فى حيز القطع واليقين كبصمات الأصابع وقرائن أخرى لا تنزل فى دلالتها عن ذلك، ولا أعتقد أن أحدا من الفقهاء ينكر مثل هذه القرائن وإن سماها بتسمية أخرى تتفق ومذهبه أو منهجه فى البحث والاستنباط.

والقرينة فى اللغة ما يدل على الشيء، مأخوذة من المقارنة بمعنى المصاحبة. وقد تكون دلالتها قوية أو ضعيفة على حسب قوة المصاحبة وضعفها، وقد ترتقى إلى درجة القطع أو تهبط إلى درجة الاحتمال البعيد جدا بحيث تصبح لا يعبأ بها، فهى فى حيز التردد والمرجع فى ضبطها واصطيادها إلى قوة الذهن والفطنة واليقظة وما يفيضه الله تعالى على عباده من المواهب. ولهذا جاء فى شرح قانون مجلة الأحكام

---

(١) راجع لنا أدلة الأحكام الشرعية التبعية من كتابنا المدخل لدراسة الفقه الإسلامى «مذكرات» لطلبة السنة الأولى بكلية الشريعة والقانون جامعة صنعاء، وراجع أيضا: أدلة الأحكام الإسلامية للدكتور زكريا البرى، والملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة، ومصادر الفقه الإسلامى للدكتور حسين حامد من مدخل الفقه ص ١٢١ وما بعدها، ومدخل الفقه للدكتور محمد حنفى ص ٢٦٥ وما بعدها.

العدلية: «والقرائن القضائية هى الأدلة التى يستنبطها القاضى من وقائع الدعوى وأحوالها باجتهاد. وإعمال فكرته، وهى ترجع فى الحقيقة إلى قوة الذهن وبراعة المحامى ووضوح الوقائع وغير ذلك. وكل قرينة من هذا القبيل تقبل النقض[١].

وقد نص العلامة بدر الدين بن الغرس[٢] على أن القرينة القاطعة من طرق الحكم ومثل لذلك بظهور إنسان من دار ومعه سكين فى يده وهو متلوث بالدماء سريع الحركة عليه أثر الخوف ظاهر، فدخلوا الدار فى ذلك الوقت على الفور، فوجدوا فيها إنسانا مذبوحا لذلك الحين وهو مضرج بدمائه ولم يكن معه فى الدار غير ذلك الرجل الذى وجد بتلك الصفة وهو خارج الدار، فإنه يؤخذ به وهو ظاهر إذ لا يمترى[٣] أحد بأنه قاتله والقول بأنه ذبح نفسه أو أن غير ذلك الرجل قتله ثم تسور الحائط احتمال بعيد لا يستلفت إليه إذ لم ينشأ عن دليل. ومن هذا المثال يتضح أن المراد من القرينة القاطعة القضائية هو ذلك الدليل المادى الملموس الذى يمكن التوصل إليه بالقول أو بالفعل ويتصل اتصالا مباشرا أو وثيقا بالشىء المحكوم فيه. ومن البدهيات المسلمة أن الحكم بهذه القرينة إنما يحتاج إلى قرينة شرعية ملزمة أى دليل شرعى ملزم لا يخرج عن الأدلة الشرعية المعترف بها عند مجموع الفقهاء سواء دل عليه الكتاب أو السنة أو غيرهما من الإجماع والقياس والاستحسان والمصالح والعرف وغير ذلك من المصادر التبعية التى أوردها الفقهاء وصححوا العمل بها. وزيادة فى الإيضاح لما سبق نقول: بأنه البينة الشرعية الصحيحة وهى مثلا شهادة الشهود على أن هذا الشخص هو الذى ذبح هذا القتيل وأنهم شاهدوا القاتل (الذابح) وهو يذبح القتيل هى من باب القرائن الشرعية القاطعة أى الدليل الشرعى الملزم الذى لا يجوز نقضه إلا بدليل آخر مجوز للنقض ككذب الشهود أو فسقهم أو عدم عدالتهم أو أنهم كانوا غير موجودين وقت حادثة القتل وما شابه ذلك، مما ذكر تفصيله فى شروط صحة الشهادة فى محله.

أما إن كانت البينة الشرعية على أن الشهود شاهدوا الشخص وهو يخرج من

---

(١) طرق القضاء ص ٤٢ وما بعدها.

(٢) فى الفواكه البدرية ص ٨٣.

(٣) أى لا يشك.

محل القتيل على الصورة التي سبق ذكرها في المثال، وأنهم شاهدوا القتيل والمدعى عليه بالقتل على نفس الصورة، وكان الشهود عدولا تتوافر فيهم شروط الشهادة، ولكنهم لم يشهدوا بواقعة القتل نفسها فيكون ذلك من باب القرائن القضائية القوية أو الضعيفة عند البعض والتي يستنبط القاضي منها بناء على علم حصل عنده من هذه القرائن يفيد الطمأنينة بأن القاتل لهذا القتيل هو هذا الشخص لا غيره؛ لأن الواقع لا يفيد غير ذلك واحتمال غيره بعيد جدا مع إمكان حصوله عقلا. فيحكم الحاكم أو المجتهد بأن القاتل هو هذا الشخص المشهود عليه لا غيره ويكون ذلك الحكم صحيحا شرعا بناء على دليل شرعي صحيح.

ويؤكد ذلك أن العلماء يستعملون العلم القطعي في معنيين؛ أحدهما: ما يقطع الاحتمال أصلا كالمحكم والمتواتر، والثاني: ما يقطع الاحتمال الناشيء عن الدليل الظاهر والنص والحيز المشهور. فالأول يسمونه علم اليقين، والثاني يسمونه علم الطمأنينة والقرينة القاطعة من قبيل ما يفيد العلم الثاني وهو علم الطمأنينة[1].

رأي ابن القيم في العمل بالقرائن:

يقول ابن القيم في الأخذ القرائن والعمل بالفراسة[2]: الحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهد - أضاع حقوقا كثيرة على أصحابها، وحكم بما يعلم الناس بطلانه ولا يشكون فيه اعتمادا على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وسائر أحواله، فهاهنا نوعان من الفقه لابد للحاكم منهما: فقه في أحكام الحوادث الكونية، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس يميز به بين الصادق والكاذب والمحق والمبطل، ثم يطابق بين هذا وهذا فيعطي الواقع حكمه من الواجب ولا يجعل الواجب مخالفا للواقع. ولهذا لما قال رجل لإياس بن معاوية علمني القضاء قال إياس: القضاء لا يعلم إنما القضاء فهم ولكن قل علمني العلم. وهذا هو سر المسألة، فإن الله سبحانه وتعالى يقول: ﴿**وداود وسليمان إذ يحكمان في**

(١) طرق القضاء ص ٤٣ وما بعدها.

(٢) الطرق الحكمية له، وطرق القضاء ص ٤٥.

الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ (٧٨) فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلاًّ آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا ﴾[١] فخص سليمان بفهم القضية وعممها بالعلم[٢]. وكذلك كتب عمر إلى قاضيه أبى موسى الأشعرى فى كتابه المشهور: «الفهم الفهم فيما أدلى به إليك» والذى اختص به إياس وشريح مع مشاركتهما لأهل عصرهما فى العلم هو الفهم فى الواقع والاستدلال بالأمارات وشواهد الحال، وهذا الذى فات كثيرا من الناس، فأضاعوا كثيرا من الحقوق. ثم قال ابن القيم: «وهل القضاء بالنكول إلا رجوع إلى مجرد القرينة الظاهرة التى علمنا بها ظاهرا أنه أولا صدق المدعى لدفع المدعى عليه دعواه باليمين، فلما نكل كان نكوله قرينة ظاهرة دالة على صدق المدعى فتقدمت على أصل براءة الذمة. وكثير من الأمارات والقرائن أقوى من النكول، والحس شاهد بذلك فكيف يجوز تعطيل شهادتها»[٣].

ولا ننسى فى هذا الموضع نور نبى الله سليمان عليه السلام للمرأتين اللتين أدعتا الولد؛ فحكم به داود للكبرى؛ فقال سليمان ائتونى بالسكين أشقه بينهما فسمحت الكبرى وقالت الصغرى لا تفعل رحمك الله هوَ ابنها فقضى به للصغرى. فأى شىء أصدق من اعتبار هذه القرينة الظاهرة حيث استدل سليمان عليه السلام برضا الكبرى وأنها قصدت الاسترواح إلى الناس بمساواة الصغرى فى فقد ولدها، وشفقة الصغرى عليه وامتناعها من الرضا بشق الطفل نصفين، دل ذلك على أن هذه الصغرى هى أمه وأن الحامل لها على الامتناع من الدعوى ما قام بقلبها من الرحمة والشفقة التى وصفها الله تعالى فى قلب الأم. فانضمت هذه القرينة عنده حتى قدمها على إقرارها واعترافها بأن الولد هو ابن الكبرى أمام داود عليه السلام عندما تنازعتاه ولم يكن مع كل منهما ما يرجح دعواه به على الأخرى وحكم بتنصيفه بينهما، فقالت الصغرى هو لها ورضيت الكبرى بالتقسيم وأنكرت أنه للصغرى، وذلك لأن الإقرار إذا كان لعلة اطلع عليها الحاكم لم يلتفت إلى هذا

---

(١) سورة الأنبياء: ٧٨، ٧٩.

(٢) طرق القضاء ص ٤٥.

(٣) المرجع السابق ص ٤٦.

الإقرار أبدا: ولذلك ألفينا إقرار المريض مرض الموت بمال لوارثه لانعقاد سبب التهمة واعتمادا على قرينة الحال في قصده تخصيصه[١].

وقد أقر الله سبحانه وتعالى العمل بالقرائن إن كانت تدل على الحق وتظهره عندما حكى لنا في القرآن الكريم أن قُدَّ قميص يوسف عليه السلام كان هو الشاهد على صدق براءته وهذا بناء على طلب الشاهد على صاحب الخبرة، فقد حكى الله سبحانه وتعالى قول هذا الشاهد ومقررا له في قوله تعالى: ﴿ **وَاسْتَبَقَا الْبَابَ وَقَدَّتْ قَمِيصَهُ مِن دُبُرٍ وَأَلْفَيَا سَيِّدَهَا لَدَا الْبَابِ قَالَتْ مَا جَزَاءُ مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوءًا إِلَّا أَن يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ** ﴾ قال: ﴿ **قَالَ هِيَ رَاوَدَتْنِي عَن نَّفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (٢٦) وَإِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ (٢٧) فَلَمَّا رَأَىٰ قَمِيصَهُ قُدَّ مِن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِن كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ** ﴾[٢]. فقد توصل بقد القميص إلى تمييز الصادق منها من الكاذب[٣].

عمل الصحابة والتابعين بالقرائن وإقرار القضاء بها:

فقد أتت امرأة إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فشكت زوجها وقالت هو من خير أهل الدنيا؛ يقوم الليل حتى الصباح ويصوم النهار حتى يمسى، ثم أدركها الحياء. فقال عمر رضى الله عنه جزاك الله خيرا فقد أحسنت الثناء. فلما ولت المرأة قال كعب بن سور يا أمير المؤمنين: لقد أبلغت[٤] المرأة إليك في الشكوى. فقال أمير المؤمنين عمر: وما اشتكت؟ قال: زوجها. قال عمر - رضى الله عنه -: عليَّ بها. ثم قال لكعب اقض بينهما. قال: أقضى وأنت شاهد، قال عمر لكعب: إنك قد فطنت إلى ما لم أفطن له. قال كعب للزوج: إن الله يقول: ﴿ **فَانكِحُوا مَا طَابَ**

(١) الطرق الحكمية لابن القيم، وطرق القضاء ص ٤٧.
(٢) الآيات ٢٥ - ٢٨ من سورة يوسف.
(٣) طرق القضاء ص ٤٨.
(٤) أى بالغت فى شدة الشكوى بالتلميح لا بالتصريح.

لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ﴾[١] صم ثلاثة أيام وافطر عندها يوما، وقم ثلاث ليال وبت عندها ليلة. فقال عمر: هذا أعجب من الأول، فبعثه قاضيا لأهل البصرة، فكان يقع له فى الحكومة من الفراسة أمور عجيبة[٢].

ولما استعمل عمر بن الخطاب ـ رضى الله عنه ـ المغيرة بن شعبة على البحرين كرهه أهلها، فعزله عمر بن الخطاب ـ رضى الله عنه ـ، فخافوا أن يرده عليهم، فقال دهقانهم: إن فعلتم ما آمركم به لم يرد علينا. قالوا: مرنا بأمرك. قال: تجمعون مائة ألف درهم حتى أذهب إلى عمر وأقول: إن المغيرة اختان[٣] هذا فدفعه إلىّ. فدعا عمر المغيرة فقال له: ما تقول فى هذا؟ قال المغيرة: كذب أصلحك الله، إنما كانت مائتى ألف. فقال عمر: ما حملك على ذلك. قال المغيرة: العيال والحاجة. فقال عمر للدهقان: ما تقول؟ فقال: والله لأصدقنك، والله ما دفع إلى لا قليلا ولا كثيرا، ولكنا كرهناه وخشينا أن ترده إلينا. فقال عمر للمغيرة: ما حملك على هذا؟ قال: الخبث كذب على فأردت أن أخزيه[٤].

وقد خاصم غلام أمه إلى عمر بن الخطاب فجحدته. فسأله البينة فلم تكن عنده، وجاءت المرأة بنفر فشهدوا أنها لم تتزوج وأن الغلام كاذب عليها وقد قذفها، فأمر عمر بضربه[٥]، فلقيه علىّ ـ رضى الله عنه ـ فسأل عن أمرهما فلما أخبر به دعاهما ثم قعد فى مسجد النبى ـ ﷺ ـ وسأل المرأة فجحدت. فقال للغلام: اجحدها كما جحدتك. فقال يا ابن عم رسول الله إنها أمى. قال: اجحدها وأنا أبوك والحسن والحسين أخواك. قال: قد جحدتها وأنكرتها. فقال علىّ لأولياء المرأة أمرى فى هذه المرأة جائز؟ قالوا: نعم، وفينا أيضا. فقال علىّ: أشهد من حضر أنى قد زوجت هذا الغلام من هذه المرأة القرينة عنه، ياقنر ائتنى بطينة فيها دراهم. فأتاه بها. فقدم علىٌّ ـ رضى الله عنه ـ أربعمائة وثمانين درهما فقذفها مهرا

---

(١) سورة النساء: ٣.

(٢) طرق القضاء ص ٤٨.

(٣) أى أخذه بدون وجه حق وخبأه عندى.

(٤) طرق القضاء ص ٥٢.

(٥) أى بإقامة حد القذف عليه.

لها وقال للغلام خذ بيد امرأتك ولا تأتنا إلا وعليك أثر العرس . فلما ولى قالت المرأة : يا أبا الحسن : إنه والله هو ابنى . قال علىّ : وكيف ذلك ؟ قالت : إن أباه كان زنجيا وإن إخوتى زوجونى منه ، فحملت بهذا الغلام ، وذهب الرجل غازيا ؛ فقتل ، وبعثت بهذا إلى حى بنى فلان فنشأ بينهم وأنفت أن يكون ابنى . فقال على - رضى الله عنه - أنا أبو الحسن . وألحقه بأمه وثبت نسبه[1] .

وقال الليث بن سعد : «أتى عمر بن الخطاب بفتى أمرد وجد قتيلا ملقى على وجه الطريق فسأل عمر عن أمره واجتهد فلم يقف له على خبر ، فشق ذلك عليه ، فقال : اللهم اظفرنى بقاتله . حتى إذا كان على رأس الحول وجد صبى مولود ملقى بموضع القتيل فأتى به عمر فقال ظفرت بدم القتيل إن شاء الله ، فدفع الصبى إلى امرأة وقال لها : قومى شأنه وخذى منا نفقته وانظرى من يأخذه منك ، فإذا وجدت امرأة تقبله وتضمه إلى صدرها فأعلمينى بمكانها ، فلما شب الصبى جاءت جارية فقالت : إن سيدتى بعثت إليك لتبعثى بالصبى لتراه وترده إليك . قالت : نعم . اذهبى إليها وأنا معك فذهبت بالصبى والمرأة معه حتى دخلت على سيدتها ، فلما رأته أخذته فقبلته وضمته إليها ، فإذا هى ابنة شيخ من الأنصار من أصحاب رسول الله - ﷺ - فأتت عمر وأخبرته . فاشتمل على سيفه ثم أقبل إلى منزل المرأة فوجد أباها متكئا على باب داره فقال : يافلان ما علمت ما فعلت ابنتك فلانة ؟ قال جزاها الله خيرا يا أمير المؤمنين هى من أحدث الناس بحق الله وحق أبيها مع حسن صلاتها وصيامها والقيام بدينها . قال عمر : أحببت أن أدخل إليها فأزيدها رغبة فى الخير وأحثها عليه . فدخل أبوها ودخل عمر فأمر من عندها فخرج وبقى هو والمرأة فى البيت ، فكشف عمر عن السيف فقال أصدقينى وإلا ضربت عنقك . وكان لا يكذب ، فقالت على رسلك فوالله لأصدقن : «إن عجوزا كانت تدخل علىّ فأتخذها أمّا ، وكانت تقوم من أمرى كما تقوم به الوالدة وكنت لها بمنزلة البنت ثم إنها قالت : يا بنية إنه قد عرض لى سفر ولى ابنة فى موضع الخوف عليها فيه أن تضيع ، وقد أحببت أن أضمها إليك حتى أرجع من سفرى ، فعمدت إلى ابن لها شاب أمرد ، فهيأته كهيئة الجارية وأتت به لا أشك أنه جارية ، فكان يرى منى ما ترى

---

(١) طرق القضاء ص ٥٤ .

الجارية من الجارية ، حتى اغتفلنى يوما وأنا نائمة فما شعرت حتى علانى وخالطنى ، فمددت يدى إلى شفرة كانت إلى جنبى فقتلته ثم أمرت به فألقى حيث رأيت ، وقد اشتملت منه على هذا الصبى ، فلما وضعته ألقيته فى موضع أبيه ، فهذا والله خبرهما على ما أعلمتك . قال صدقت ثم أرضاها ودعا لها وخرج وقال لأبيها نعم الابنة ابنتك ثم انصرف[1] .

وقد روى ابن القيم : أن شابا شكا إلى علىّ - رضى الله عنه - نفرا فقال : إن هؤلاء خرجوا مع أبى فى سفر فعادوا ولم يعد أبى ، فسألتهم عن ماله ، فقالوا ما ترك شيئا وكان معه مال كثير ، وترافعنا إلى شريح فاستحلفهم وخلى سبيلهم ، فدعا على بالشرط ؛ فوكل بكل رجل رجلين ووصاهم ألا يمكنوا بعضهم أن يدنوا من بعض ، ولا يمكنوا أحدا أن يكلمهم . ودعا كاتبه ودعا أحدهم فقال له : أخبرنى عن أبى هذا الفتى أى يوم خرج معكم؟ وفى أى منزل نزلتم؟ وكيف كان سيركم؟ وبأى علة مات؟ وكيف أصيب بماله؟ وسأله عمن غسله ودفنه ومن تولى الصلاة عليه ، وأين دفن ، ونحو ذلك والكاتب يكتب ؛ فكبر علىّ ، فكبر الحاضرون ، والمتهمون لا علم لهم إلا أنهم ظنوا أن صاحبهم قد أقر عليهم - ثم دعا علىّ آخر بعد أن غيب الأول عن مجلسه فسأله كما سأل صاحبه ، ثم الثالث كذلك حتى عرف ما عند الجميع ، فوجد كل واحد منهم يخبر بضد ما أخبر صاحبه ، ثم أمر برد الأول ، فقال له : يا عدو الله قد عرفت عنادك وكذبك بما سمعت من أصحابك وما ينجيك من عقوبتك إلا الصدق ثم أمر به إلى السجن وكبر وكبر معه الحاضرون . فلما أبصر القوم الحال لم يشكوا أن صاحبهم قد أقر عليهم ، فدعا آخر منهم ، فهدده ، فقال يا أمير المؤمنين : والله لقد كنت كارها لما صنعوه ثم دعا الجميع فأقروا بالقصة ، واستدعى الذى بالسجن وقال له قد أقر أصحابك ولا ينجيك سوى الصدق فأقر بكل ما أقر به القوم . فأغرمهم علىّ - رضى الله عنه - المال وأقادهم بالقتيل[2] .

ومن قضايا علىّ - رضى الله عنه - أنه أتى برجل وجد فى خربة بيده سكين متلطخ بالدم وبين يديه قتيل يتشحط فى دمه ، فسأله . فقال : أنا قتلته . قال علىّ : اذهبوا به فاقتلوه . فلما ذهبوا أقبل رجل مسرع فقال : يا قوم لا تعجلوا ردوه إلى علىّ فردوه .

---

(١) الطرق الحكمية ، وطرق القضاء ص ٥٢ وما بعدها «١٠ - نظرية الدعوى والإثبات»

(٢) طرق القضاء ص ٥١ .

فقال الرجل: يا أمير المؤمنين ما هذا صاحبه أن قتلته. فقال على للأول: ما حملك على أن قلت أنا قاتله ولم تقتله؟ قال: يا أمير المؤمنين وما أستطيع أن أصنع. وقد وقف العسس على الرجل وهو يتشحط فى دمه وأنا واقف وفى يدى سكين، وفيها أثر الدم وقد أخذت فى خربة فخفت ألا يقبل منى وأن يكون قسامة، فاعترفت بما لم أصنع واحتسبت نفسى عند الله. فقال علىّ: بئس ما صنعت فكيف كان حديثك؟ قال الرجل: إنى رجل قصاب خرجت إلى حانوتى فى الغلس فذبحت بقرة وسلختها، فبينما أنا أصلحها أخذنى البول، فأتيت خربة كانت بقربى فدخلتها فقضيت حاجتى وعدت أريد حانوتى، فإذا بهذا الرجل يتشحط فى دمه فراعنى أمره فوقفت أنظر إليه والسكين فى يدى، فلم أشعر إلا بأصحابك قد وقفوا على فأخذونى، فقال الناس هذا قتل هذا ما له قاتل سواه، فأيقنت أنك لا تترك قولهم لقولى فاعترفت بما لم أحبه[1]. فقال علىٌّ للمقر الثانى: فأنت كيف كانت قصتك؟ فقال: أعرابى أفلس، فقتلت الرجل طمعا فى ماله ثم سمعت حس العسس فخرجت من الخربة واستقبلت هذا القصاب على الحال الذى وصف فاستترت ببعض الخربة حتى أتى العسس فأخذوه وأتوا به. فلما أمرت بقتله علمت أنى أبوء بدمه أيضا فاعترفت بالحق. فقال على للحسن - رضى الله عنه -: ما الحكم فى هذا؟ فقال الحسن: يا أمير المؤمنين إن كان قد قتل نفسا فقد أحيا نفسا وقد قال الله تعالى: ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾[2]. فخلى علىٌّ سبيله وأخرج دية القتيل من بيت المال. والذى يغلب على الظن أن العفو عن القتيل من القصاص إلى الدية إنما كان بإذن أولياء الدم والصلح معهم على ذلك بعد استرضاء علىّ لهم أو رضاهم بذلك من أنفسهم، لأن العفو عن القصاص لا يجوز إلا بإذن من له الحق فى ذلك وهم الأولياء. وإلا لو لم يكن هناك إذن لما حكم علىٌّ إلا بالقصاص؛ لأن ذلك هو الحكم الشرعى الذى يقرره جميع الفقهاء، خاصة أن القتل إنما ثبت بالاعتراف من القاتل فيعين استيفاء هذا القصاص إلا إذا حصل عفو من أولياء الدم وهذا ما قرره ابن القيم[3].

---

(١) المرجع السابق ص ٥٢.

(٢) سورة المائدة: ٣٢.

(٣) انظر الطرق الحكمية، وطرق القضاء ص ٦٠.

ولعل فى هذه القضية السابقة ما يؤيد وجهة نظر المانعين العمل بالقرائن والقضاء بموجبها ويفت فى عضدها ويضعف الاحتجاج بها، وذلك لتبين الاحتمال الذى يبعد بالقرائن عن الحق والصواب، والذى تبين أنه الواقع على شدة بعده. ويجاب عن ذلك أولا: بأن هذا الاحتمال إن كان يضعف الأخذ بالقرائن القضائية القاطعة، فإنه يضعف الأخذ بالإقرار أيضا مع أنه أقوى الحجج الشرعية، وهذا الاحتمال؛ يؤخذ من نفس القضية السابقة التى احتج بها على فساد القرائن فى القضاء حيث ظهر أن الإقرار كان غير صادق، وأنه كان إقرارا فاسدا مع اتفاق الجميع بصحة الحكم بمقتضاه قبل نقض الحكم بظهور ما يوجب البطلان ونقض الحكم. فإذا جاز ترك الحكم بالقرائن القاطعة لوجود مثل هذا الاحتمال فإنه يجوز ترك الاحتجاج بالإقرار أيضا لاشتراك كل من توهم الاحتمال ولم يقل بذلك أحد.

وثانيا: إن القرينة لا يؤخذ بها إلا مع الاحتياط القوى واليقظة الشديدة حتى تطمئن نفس الحاكم إليها ويثلج صدره بما يحكم به، كما أن شهادة الشاهدين على القتل مثلا لا يؤخذ بها إلا بعد شدة التحرى واستيفاء الشهادة وشروطها، فكما أن احتمال كذب الشاهدين قائم بعد عمل أقصى ما يمكن من التحرى ومع ذلك فلا يمتنع الأخذ بشهادتيهما فى الدماء والأموال مهما بلغ عظمها، فكذلك الاحتمال البعيد جدا بل الموهوم الذى يوجد مع القرينة القاطعة يجب ألا يمنع العمل بها. ولئن أودت القرائن القاطعة بحياة وأموال الكثيرين من الناس، وهم مظلومون فقد أودت الشهادة والبينة القطعية بحياة الكثيرين كذلك. وما دام الوصول إلى دليل قاطع الذى ينتفى معه كل احتمال لا مطمع فيه إذ هو فى حيز المستحيل غالبا وجب الأخذ بحكم الضرورة بالأدلة والحجج الظنية مع الاستقصاء فى التثبت وتقديم الأقوى منها على غيره عند التعارض وملاحظة الأمور المرجعية. وحيث فات فى هذا المقام علم اليقين، فإن فى علم الطمأنينة أو ما يقرب منه ويدانيه من الظن الراجح الكفاية حتى لا تتعطل أو تضيع حقوق الناس وما لا يدرك كله لا يترك كله. ولا يكلف الله نفسا إلا وسعها[1].

هذا ومع ما للقرائن والأخذ بالفراسة من هذه المزايا التى لا تنكر والتى يظهر بها

---

(١) طرق القضاء ص ٦١.

وجه الحق؛ فإنه يجب الاحتياط الشديد فى الأخذ بها. وما أحسن ما قاله ابن عابدين - رحمه الله - فى رسالة بناء الأحكام على العرف: «إن الحكم بالقرائن محتاج إلى نظر شديد وتوفيق وتأييد». وكذا ما قاله صاحب معين الحكام: «وينبغى أن يكون القاضى غير زائد فى الدهاء وذلك أمر زائد على الفطنة. وإنما نهى عن ذلك لأنه يحمل على الحكم بالفراسة وتعطيل الطرق الشرعية من البينة والأيمان، وقد فسد الزمان وأهله واستحال الحال(1).

ولهذا كان من الحزم والحكمة ألا يسترسل فى الاعتماد على الفراسة عند الأخذ بالقرائن القضائية لأن فى ذلك ضربين من المجازفة والمخاطرة. ولئن أمن على نفسه أمثال عمر، وعلى، وشريح وإياس ممن كانوا ينظرون إلى الوقائع بنور الله وتوفيقه. فإن أكثر القضاة والحكام فى هذه الأيام غير مأمون عليهم من الزلل عند التوسيع فى ذلك، وذلك لفساد الزمان وأهله فى غالب الأحوال. ولهذا، فإن الحل الوحيد للتغلب على ذلك هو أن يتحرى جد التحرى فى اختيار القضاء ممن يتوافر فيهم الفهم الكامل والعلم الناضج والاستقلال فى الرأى والاستقامة التامة وممارسة أحوال الناس ومعرفة البيئة التى هم عائشون فيها مهما كلف ذلك خزانة الدولة من النفقات ومشقة البحث والتنقيب، مع بقاء المراقبات القضائية وفتح باب الشكوى لكل شاك، وهذا أقصى! ما يمكن عمله من الإصلاح القضائى فى هذا العالم المحفوف بالنقائض(2).

ولعل ذلك ما حمل المقنن اليمنى فى قانون الإثبات رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٦ عند الكلام عن القرائن القضائية أن يقسمها إلى قسمين: أحدهما يجوز الحكم بمقتضاه والثانى: لا يجور العمل به، وكل ما بنى عليه من أحكام فهو باطل، فالقسم الأول: هو ما سماه المقنن بالقرائن القاطعة وقد أوردت بيان هذا القسم وحكمه المادة (١٧٢) إثبات. فقد جاء نص هذه المادة كالآتى: «للمحكمة أن تأخذ بالقرينة القاطعة القضائية التى يمكن استنباطها مع وقائع الحال، وأن تعتبرها دليلا كاملا على الواقعة المراد إثباتها فى الأحوال التى يجوز فيها ذلك وهى الأموال والحقوق. ويجوز للخصم أن يثبت أنها غير صحيحة بالبينة الشرعية».

---

(١) المرجع السابق ص ٥٥ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق ص ٥٧.

أما القسم الثانى: فقد سماه المقنن اليمنى بالقرائن البسيطة غير القاطعة. وقد عرفت هذا القسم وبينت حكمه المادة (١٧٣) إثبات والتى جاء نصها كالآتى: «القرينة البسيطة غير القاطعة وهى التى لا تقطع بثبوت الواقعة المراد إثباتها، وإنما ترشح لثبوتها وقد تحتمل ذلك وغيره، لا تعتبر دليلا شرعيا مغنيا عن المطالبة بإقامة البينة الشرعية على ما يدعيه، وإنما يجوز للمحكمة أن تستأنس بها وتستكمل الدليل بناء على أساسها»(١). وقد أحسن المقنن اليمنى وأجاد فى ذلك التقييم.

ويلاحظ حجية الحكم القضائى الصحيح المستوفى لكل أركان الدعوى وشروطها على أطرافه وفى موضوعه وسببه (أصله) قرينة قاطعة شرعية لا تقبل إثبات العكس، ما لم ينقض الحكم بإحدى طرق الطعن المبينة فى قانون المرافعات. وهذا ما قررته المادة (١٧٤) إثبات يمنى(٢). وذلك لأن الحكم القضائى الصحيح حكم شرعى؛ أى معرف لحكم الشارع ومظهر له طبقا لأسباب ومعرفاته الشرعية التى دل عليها الشارع بنفسه صراحة أو ضمنا، وقد سبق بيان ذلك وتوضيحه وتفصيله فى أول الأمر عند الكلام عن أنواع القرائن.

هذا ويجب على القضاء والمحققين عند العمل بالقرائن والحكم بمقتضاها أن يكونوا على معرفة تامة بعلم الأحوال النفسية من حيث ارتباطه بالقضاء لأن القاضى والمحقق ينكشف لهما بدراسة هذا العلم من بواطن المتقاضين والشهود ما كان محجوبا عنهما بحجب الظواهر من غش وخداع، وتملق ورياء، ونفاق وتلبس ونحو ذلك. فيطلع بثاقب فكره على خبايا النفوس ومستودعات الضمائر، ويتغلغل بصائب نظره إلى مستقر السرائر، وبذلك يكون حكمه منطبقا على الواقع أو قريبا منه بقدر ما تسمح له به الطاقة البشرية. ومجرد العلم لا يكفى بل لابد أن يكون معه قوة فى الإرادة وصدق فى العزيمة واستقلال فى الرأى حتى يكون لعقله السلطان التام على عواطفه وميوله النفسية فلا يتأثر بضراعة امرأة كاذبة، ولا بأنين رجل منافق مخادع ولا يستهويه جمال حسناء أجادت فنون اجتذاب القلوب، ولا يروعه كلام يسحر بيانه العقول. ولا يورطه نفاق منافق، ولا يعطفه إليه ملق

---

(١) انظر مجموعة القوانين الإسلامية اليمنية ص ١٣٦.

(٢) المرجع السابق ص ١٣٧.

متملق، ولا تغلبه حيلة محتال، بل يكون فى كل ذلك عليما خبيرا ذا استقلال فى الرأى فى طلب الحق وضبط للعواطف. والوصول إلى هذه المرتبة يحتاج إلى رياضة وعلاج يا له من علاج. فكم قاضيا أمكنه أن يتغلب على مجارى العادات من النفوس؛ فيفلت من تحكمها فيه؟ ولا سيما بعد أن هيأت لها قرارا مكينا اكتسبته بمضى المدة والتكرار، فينظر إلى الحوادث نظرا مجردا بنور العقل وتوفيق الله، وقد سدت مسالك العواطف الكاذبة والمؤشرات الخادعة؛ فلم تجد منفذا إلى مصدر الحكم منه إلا ما لم يقو على رده التكوين الإنسانى.

ويجب أن يراعى فى الاعتبار مع كل ما سبق أن عبء القضاء أثقل عبء إذا شاء القاضى أن يتحرى الصواب ويحكم بالحق وبالعدل ويتجرد من تحكم الأهواء والأغراض، وليكن واضعا نصب عينيه وفى كل حال من تولى القضاء فقد ذبح بغير سكين. وبالله الهداية والتوفيق.

المبحث الثانى
المعاينــة (النظـر)

المعاينة (النظر) للأمور المحسوسة التى تحكم مشاهدتها والحكم عليها من الوسائل التى تفيد فى الحكم القضائى، وقد يكون لهذه المعاينة من الأثر ما يزيل شكا أو غموضا، قد يكون عائقا أو مانعا فى الحكم والقضاء ولهذا، فإن معاينة الحكام للأشياء التى تفيد فى إثبات الدعوى تعتبر من القرائن القضائية التى تفيد وتقوى الأدلة الشرعية إن دعت الحاجة إلى ذلك لمعرفة وجه الحق والصواب فى الدعوى أو فى أى جانب من جوانبها. وبناء عليه، فإن للمحكمة أن تنتدب من قضاتها أو من قضاة المحاكم الأخرى وأن تجرى معاينة بأن تنظر فى الأشياء التى تفيد فى إثبات الدعوى وتطلع عليها وتفحصها لكى تصل إلى الحقيقة فى شأنها. ويجوز أنَ تستعين بخبير «عدل» أو أكثر فى أثناء قيامها بالنظر (مادة ١٧٥) من قانون الإثبات اليمنى[١].

وتقضى المادة (١٧٦) من نفس القانون بأن يدعى الخصوم للحضور فى أثناء المعاينة للشىء فى المكان الذى يوجد به هذا الشىء أو الأثر المراد نظره حتى ولو لم يكن فى مجال القضاء؛ لأنه يجوز الانتقال إلى مكانه خارج مكان الحكم، لأن ذلك مما تجوزه المادة. وسواء كان هذا الانتقال بطلب الخصم أو من تلقاء نفس المحكمة مع مراعاة تحقق المصلحة فى كل حال.

ويجب على المحكمة أن تثبت ما نظرته وتراءى لها من المعاينة فى محضر يوقعه الحاضرون من الخبراء والخصوم ورئيس المحكمة والكاتب ويجب أن يبين فى المحضر يوم وساعة ومكان إجراء المعاينة ووصف الشىء أو الأثر الذى أجرى نظره وتحديده بحسب الحال (مادة ١٧٨)[٢].

---

(١) مجموعة القوانين الإسلامية اليمنية ص ١٣٧.

(٢) المرجع السابق ص ١٣٨.

المبحث الثالث
الاستعانة بالخبراء

للمحكمة فى المسائل الفنية كمسائل الطب والهندسة والحساب وغيرها مما يدق فهمه أن تعين خبيرا أو أكثر من المؤهلين علميا وفنيا أو ممن لهم خبرة خاصة يشتهرون بها مع مهارتهم منها للاستعانة بهم فى كشف الغامض من هذه المسائل، مما يفيد فى إثبات الواقعة المراد إثباتها (مادة ١٧٩) إثبات. وهذا من حق المحكمة حيث يجوز لها من تلقاء نفسها أن تستعين بخبرة أصحاب الخبرة وتكليفهم بتقديم تقرير بما كلفوا به (مادتان ١٧٩، ١٨٠). ومن حق الخصوم أيضا طلب ذلك إذا لم تقم المحكمة من تلقاء نفسها به وسواء تركوا أو تعين الخبير للقاضى أو اتفقوا عليه ورضيت به المحكمة، وسواء كان الخبير واحدا، أو اختار كل خصم خبيرا ترضاه المحكمة. وفى هذه الحالة يجب على المحكمة أن تختار خبيرا مرجحا بين خبيرها (مادة ١٧٩).

ويجب كلما أمكن أن تكون مهمة الخبير أو الخبراء بحضور الخصوم وأمام أعينهم مع تحرير محضر بالإجراءات التى تمت، ويوقع عليه من الخصوم الحاضرين والخبراء. فإن كان أحد الخصوم، غائبا بعد إعلانه بالحضور وجب إثبات غيابه فى المحضر وإثبات أنه قد أتم إعلانه بالحضور (مادة ١٩٨٣).

وللخبير أن يستمع إلى أقوال الخصوم وأقوال شهودهم إن احتاج إلى ذلك فى أداء مهمته سواء كان ذلك من نفسه أو بطلب من الخصوم (مادة ١٩٨٤) ويشترط فى جميع الأحوال أن يكون الخبير عدلا (المواد ١٧٩، ١٨٠ ١٨٤).

هذا والاستعانة بخبرة الخبراء لا تعدو أن تكون شهادة منهم فيما يتعلق بخبرتهم فى الأمور المادية فى حدود ما طلب منهم، ويتعلق بالقضية المعروضة على القاضى

أو المحكمة، فهى ليست شهادة مباشرة فى إثبات الحق أو نفيه مع وجود أدلة مباشرة فى القضية أو بدونها. ولهذا وجب أن تتوافر فى الخبير العدالة وشروط الشاهد التى سبق الكلام عنها فى الشهادة. وهذا ما أوجبته هنا المواد ١٧٩، ١٨٠، ١٨٤ من قانون الإثبات اليمنى.

وإذا كان القضاء بالقرائن القضائية فيه خلاف بين الفقهاء بين مجوز له ومانع طبقا لما سبق بيانه وتوضيحه، فإنه لا خلاف بين أحد من الفقهاء فى القضاء بناءعلى شهادة أو بينة أصحاب الخبرة، ولكن نفى الخلاف هذا يتطلب أن تكون هذه الشهادة أمام القاضى وأن يسمعها بنفسه شفهيا أو كتابة إن لم يتعذر حضور الخبير بنفسه، فإن تعذر بسبب مجيز جاز سماع الشهادة الفرعية على شهادة الخبير أو تقريره شفهيا أو كتابة إن توافرت لهذه الشهادة الفرعية على شهادة الخبير أو تقريره شفهيا أو كتابة إن توافرت لهذه الشهادة الفرعية كل الشروط التى اشترطناها لصحة الشهادة الفرعية وأدائها. فإن لم تتوافر تلك الشروط السابقة لشهادة الخبير كانت من القرائن القضائية التى جرى فيها الخلاف السابق.

وقد أخذ الفقهاء بشهادة الخبراء وأقوالهم فى كثير من الأمور وحكموا بمقتضاها، منها قول الطبيب العدل، والقابلة، والمهندس، والقائف كل فيما يخصه حسب خبرته. وقد دلت السنة على جواز الأخذ بأقوال أهل الخبرة وصحة الحكم الذى بنى عليها، من ذلك ما ورد فى الصحيحين عن عائشة - رضى الله - عنها قالت: «دخل على النبى - ﷺ - مسرورا تبرق أسارير وجهه. فقال: ألم ترى أن مجزرا المدلجى دخل على فرأى أسامة وزيدا عليهما قطيفة قد غطيا بها رأسيهما وقد بدت أقدامهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض» وكان مجزر هذا من رجال القافة أى ممن لهم خبرة معينة خاصة فى تتبع الآثار وإلحاق الأنساب بعضها ببعض بناءعلى علامات ودلائل لا يعرفها إلا أصحاب الخبرة فى ذلك، بما وهبهم الله وخصهم به من علم فى هذا المجال. فإقراره - ﷺ - لقول القائف وعمله يدل على أن القافة حق. يقول الإمام الشافعى - رضى الله عنه -: فلو لم يعتبر قوله لمنعه من المجازفة وهو - ﷺ - لا يقر على خطأ ولا يسر إلا بالحق[1].

---

(١) مغنى المحتاج ٤/ ٤٨٨.

وسب سروره ـ ﷺ ـ بما قاله مجزر أن المنافقين كانوا يطعنون فى نسب أسامة لأنه كان طويلا أسود أقنى الأنف، وكان زيد قصيرا بين السواد والبياض، أخنس الأنف، وكان طعنهم له مغيظة له ـ ﷺ ـ إذ كان حبيبه، فلما قال المدلجى ذلك وهو لا يرى إلا أقدامهما سر بذلك النبى ـ ﷺ ـ، وجمهور الفقهاء يتفقون على جواز الأخذ بقول القائف بشروط معينة وهم الشافعية، والمالكية والحنابلة[١]. وقد خالف أبو حنيفة وقال: لا اعتبار بقول القائف، وهو محجوج بالحديث السابق.
وقد جاء فى عجائب المخلوقات عن بعض التجار أنه ورث من أبيه مملوكا أسود شيخا. قال فكنت فى بعض أسفارى راكبا على بعير والمملوك يقوده، فاجتاز بنا رجل من بنى مدلج فأمعن فينا نظره ثم قال: ما أشبه الراكب بالقائد. قال فرجعت إلى أمى فأخبرتها بذلك. فقالت: إن زوجى كان شيخا كبيرا ذا مال ولم يكن له ولد فزوجنى بهذا المملوك فولدتك ثم فكنى واستلحقك. وكانت العرب تحكم بالقيافة وتفخر بها وتعدها من أشرف علومها. وقد أقرها النبى ـ ﷺ ـ على ما سبق بيانه[٢].

وحيث إن شهادة أهل الخبرة جائزة شرعا ومقبولة فى القائف وفى غيره من أصحاب الخبرة بالقياس، فإنه يترتب على ذلك أن النتيجة التى يتوصل إليها الخبير أو الخبراء وتطمئن إليها المحكمة تكون دليلا كاملا فى المسائل التى يتعينون فيها. وهذا ما قضت به المادة (١٨٨) من قانون الإثبات اليمنى[٣] حيث تقضى المادة (١٨٦) من نفس القانون بأن للمحكمة أن تأخذ بتقرير الخبراء أو الخبير الذى تطمئن إليه مع بيان الأسباب إذا خالف التقرير الذى أخذت به تقريرا آخر فى نفس الموضوع. ولها أن تستمع إلى مناقشات الخصوم فى أن التقارير المقدمة وملاحظاتهم عليها. وأن تكلف الخبير أو الخبراء مرة أخرى لاستكمالها أو تصحيحها إذا لزم الأمر أو ترفض طلبات الخصوم إن رأت مصلحة أو وجها لذلك الرفض[٤].

وعلى الخبير تقديم تقرير بما عاينه أو شاهده فى الميعاد الذى تحدده المحكمة شفاها

---

(١) المغنى ٩/ ٢٧٠، والمرجع السابق.
(٢) مغنى المحتاج ٤/ ٤٨٨.
(٣) مجموعة القوانين الإسلامية ص ١٤٠.
(٤) المرجع السابق ص ١٣٩.

أو مكتوبا وموقعا عليه منه إن لم يحضر بنفسه وإن لم تشترط المحكمة فى التقرير أن يكون على صفة أو هيئة معينة للاطمئنان إلى صدق التقرير وشهادة الخبير، لأن من حقها ذلك، ويجوز للخبراء أن يعدوا تقديم تقرير مشترك متفق عليه بينهم وموقع عليه منهم، كما يجوز لكل منهم أن يقدم تقريرا مستقلا برأيه فى نفس الموضوع على أن يكون كل تقرير منسوبا إلى صاحبه وموقعا عليه منه (مادة ١٨٥) وفى حالة تعدد التقارير عن موضوع واحد، فإن للمحكمة أن ترجح بينها وأن تأخذ من تطمئن إليه وترفض الآخر مع بيان الأسباب، كما لها أن ترفض الجميع وأن تطلب إعادة التقرير أو مناقشة الخصوم مرة أخرى فيما ورد بهذه التقارير وتكون رأيها فى الحكم بناء على هذا الأساس (مادة ١٨٦)[١].

وإذا تأخر الخبير أو الخبراء عن تقديم تقاريرهم فى الميعاد المحدد جاز للمحكمة أن تمنحهم أجلا آخر مع تغريمهم فى حدود ما تراه المحكمة إذا تبينت تقصيرهم فى تقديم التقارير خلال الميعاد المحدد لهم أولا، ويجوز لها إذا تكرر هذا التأخير مع ثبوت التقصير وكان هذا التقصير أو التأخير بقصد تعطيل الفصل فى الدعوى أن تعزل الخبير وتعيين بدلا منه خبيرا آخر مع بقاء الحق لها عند طلب الخصوم فى تغريم الخبير المعزول وإلزامه بالتضمينات المناسبة نتيجة تعطيله للدعوى وما أنفق من مصاريف. كما يجوز للمحكمة تغيير خبير بخبير إذا اعتذر الأول عن عدم أداء ما كلف به بعد قبوله للتكليف (مادة ١٨٧)[٢] شرط أن يتوافر هذا البديل وإلا رفضت المحكمة اعتذاره وأجبرته على تقديم تقريره لأن تقريره أو شهادته فى هذه الحالة لازم فى حقه لإظهار الحق أو لإتمام الحكم والفصل فى النزاع أو الدعوى، وفصل النزاع واجب وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب عند كل الفقهاء وأئمة الأصول.

هذا والله ولى الهداية والتوفيق.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) مجموعة القوانين الإسلامية ص ١٤٠.

الفهرس

الباب الرابع

الباب السابع